جامعة بلحاج بوشعيب عين تيموشنت

كلية الحقوق

قسم الحقوق

مكافحة الشروط التعسفية في التشريع الجزائري بين القواعد العامة والخاصة

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق- تخصص: قانون خاص

تحت إشراف الأستاذ:

من إعداد الطالبين: سعدي محمد أمين

محياوي رميساء

مكعو منال

لجنة المناقشة:

الرئيس	مخلوف مخلوف	أستاذ محاضر ب	بلحاج بوشعيب
المشرف	سعدي محمد أمين	أستاذ محاضر ب	بلحاج بوشعيب
الممتحن	رويس عبد القادر	أستاذ محاضر ب	بلحاج بوشعيب

السنة الجامعية:2024-2025

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وتقدير

نتقدم بجزيل الشكر و وافر الإحترام والتقدير إلى أستاذنا الفاضل الدكتور سعدي محمد أمين، لتفضله بقبول الإشراف على هذا البحث وكل التقدير لتوجيهاته ونصائحه القيمة التي كانت عونا لنا في إتمام هذا العمل.

كما نتقدم بالشكر والامتنان إلى أعضاء لجنة المناقشة على تفضلهم بقبول مناقشة هذه المذكرة.

ويقضي واجب الإعتراف بالجميل أن نتوجه أيضا بالشكر و التقدير لكافة أساتذة كلية الحقوق بجامعة بلحاج بوشعيب .

الإهداء

إلى الذي زين إسمي بأجمل الألقاب، من دعمني بلا حدود، إلى من علمني أن الدنيا كفاح وسلاحها العلم والمعرفة، إلى من غرس في روحي مكارم الأخلاق، داعمي الأول في مسيرتي بعد الله (والدي).

إلى من جعل الله الجنة تحت أقدامها واحتضنني قلبها قبل يدها وسهلت لي الشدائد بدعائها إلي، سر قوتي ونجاحي، القلب الحنون(والدتي).

إلى الروح التي غادرت الحياة ولم تُغادر قلبي (جدي رحمه الله)، وإلى جدتي التي لم تفارقني دعوتها يوما.

ولكل من كان عونا وسندا في هذا الطريق...أهديكم هذا الإنجاز و ثمرة نجاحي الذي لطالما تمنيته.

محياوي رميساء

الإهداء

وبكل حب أهدي ثمرة تخرجي ونجاحي إلى:

إلى من جعل الجنة تحت أقدامها وسهلت لي الشدائد بدعائها...

إلى الإنسانة العظيمة التي لطالما تمنت أن تقر عينها في يوم كهذا

أمي

وإلى من هم دائما الكتف والسند الذي لا يميل إلى أحبائي

من عشت معهم أجمل لحظات حياتي

أخي وأختي

إلى الإنسانة العظيمة التي لطالما تمنيت أن تقر عينها برؤيتي في يوم كهذا، فرحتي تنقصها وجودك ونجاحي ينقصه فخرك بي ...فقيدتي جدتي

وأهدي هذا العمل إلى كل من أمدني بالقوة وأزاح عن طريقي المتاعب وزرع داخلي الثقة والإصرار...أفراد العائلة

مكعو منال

قائمة المختصرات:

ق م ج	القانون المدني الجزائري
ق ح م	قانون حماية المستهلك وقمع الغش
ق ع ج	قانون العقوبات الجزائري
ج ر	الجريدة الرسمية
ص	الصفحة
ط	الطبعة

المقدمة

يُمثل العقد الإطار العام الذي يحتضن إرادة الطرفين فيُبرزها؛ وتُحدد على ضوئه ملامح وشروط العقد المراد إبرامه، كما تتحدد أيضا نوعية هذا العقد، وجميع العناصر المتفق عليها بين أطرفه، فالعقد يعد شيئا ملازما للحياة اليومية لكل شخص، باعتباره يُنظم مختلف العلاقات القانونية بين أفراد المجتمع، بغرض إشباع احتياجاتهم وتحقيق غاياتهم.

وحسب التصور التقليدي للقانون المدني، فإن كل العقود والتصرفات القانونية ترجع في نشأتها إلى الإرادة الحرة؛ إذ إن للإرادة السلطان الأكبر في تكوين العقد، وتحديد آثاره؛ فالإرادة هي التي تنشأ التصرف القانوني، وتُحدد مضمونه وآثاره، ولا يُقصد بذلك إرادة أحد الطرفين فقط، بل إرادتيهما معا[1]، فالقاعدة المعروفة في القانون المدني هي أن الأصل في إبرام العقود أنها تتم بعد مناقشة ومفاوضات بين الأطراف المتعاقدة حول مضمون العقد، فإذا تطابقت إرادة طرفي العقد تم العقد بينهما، ويترتب عن ذلك اكتسابه قوة ملزمة؛ إذ لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، وهذا ما عبرت عنه المادة 106 من القانون المدني الجزائري بقولها "العقد شريعة المتعاقدين".

ويرجع أساس هذا المبدأ –العقد شريعة المتعاقدين– إلى إرادة المتعاقدين؛ إذ يفترض القانون أن كل متعاقد أدرى بمصالحه، وأن ما دام رضاه صحيحا، فوجب عليه الالتزام بما انصرفت إليه إرادته، وعدم الإخلال بذلك. فيترتب عن ذلك أن الالتزامات الناشئة عن العقد المُبرم، متوازنة وملزمة للطرفين؛ فالأصل أن إرادة الشخص لا يمكن أن تتوجه إلا لما فيه مصلحته، ومن ثمة فجميع الالتزامات التي تترجم تلك الإرادة لا يُمكن أن تكون إلا عادلة.

ولقد كان من أهم المنادون بهذا المبدأ –سلطان الإرادة– كل من الفقيه جون جاك روسو وبورتاليس، والذين رأوا ضرورة إطلاق حرية الفرد من كل قيد، و أنه لا قيام للالتزام إلا إذا ارتضاه الفرد، وأن ذلك يؤدي من الناحية الأخلاقية إلى القول بأن العقد هو من خلق إرادة المتعاقدين؛ ما يعني أنه يُمثل مصالحهم، ذلك أنه لا يُمكن أن تنصرف إرادة أحدهم إلى شيء لا مصلحة له فيه، فالتسليم بهذا المبدأ من الناحية القانونية يؤدي إلى القول بأن أطراف العقد أحرار في إبرام ما يشاؤون من العقود، و أن أول نتيجة تترتب عن الأخذ بهذا المبدأ: هي حرية إبرام الاتفاقيات والعقود، مما يؤدي إلى تشجيع التجارة، وتيسير إبرام العقود[2]. فحتى يتحقق هذا الهدف لا بد من إزالة كل عقبة أمام حرية الإرادة، فأنصار نظرية سلطان الإرادة ينادون بعدم جواز تدخل طرف آخر ولو كان القاضي في العلاقة التعاقدية، ما دام أن مبدأ سلطان الإرادة هو من يحكم تكوين العقد وتنفيذه.

[1] فراس جبار كريم الروازق، الحماية القانونية من الشروط التعسفية–دراسة مقارنة–، المركز العربي، الطبعة الأولى، العراق، 2017، ص 11.

[2] محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري–دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر–، الطبعة الثالثة، دار هومه، الجزائر، 2018، ص10.

إلا أن هذا التصور وإن كان يحقق العدالة العقدية في ظل العقود التقليدية، إلا أنه سرعان ما تبين قصوره أمام التحولات والتغيرات المذهلة التي عرفتها المجتمعات المعاصرة مع النهضة الصناعية، مما أدى إلى بروز نظام اقتصاد السوق، والذي تمخض عنه مبدأ "دعه يعمل، اتركه يمر"، حيث يُعد مبدأ سلطان الإرادة إحدى الدعائم الأساسية لهذا النظام؛ ذلك أن الإرادة وفق هذا المبدأ هي أساس العقد بصفة خاصة، والقانون بصفة عامة، حيث يُعتبر الفرد هو المحور الذي يرتكز عليه القانون إستنادا إلى أنه لما كانت إرادة الفرد حرة فإنها وحدها الكفيلة بإنشاء العقود وما يترتب عنها من آثار.

حيث أن مبدأ–سلطان الإرادة– لم يسلم من الانتقادات العديدة بفعل التحولات الاقتصادية؛ حيث يرى خصوم هذا الاتجاه أنه وإن كان هناك تكافؤ بين أطراف العقد من الناحية القانونية، إلا أن هذا التكافؤ يصلح من ناحية النظرية فقط، أما من الناحية العملية فالأمر على خلاف ذلك من الناحية الاقتصادية والاجتماعية[3]، خاصة في ظل الأسلوب الجديد المنتهج في تطوير الاقتصاد، الذي صاحب معه ظهور شركات ضخمة ومؤسسات كبيرة تتمتع بالشخصية المعنوية، وتتفنن في تقديم سلع وخدمات متنوعة في مختلف المجالات فتحتكرها قانونيا وفعليا، الأمر الذي عزز من ظهور الفوارق الاجتماعية، وتفاوتت تبعا لذلك مراكز الأطراف المتعاقدة، الأمر الذي حول مبدأ سلطان الإرادة من مبدأ يُعتبر بمثابة أداة للعدالة والمساواة بين الأطراف، إلى وسيلة ضغط وظل؛، فالفئة التي تنفرد بالقوة ورأس المال أصبحت أيضا تنفرد بصياغة العقد، وتحديد محتواه بشكل مُسبق.

هذه المُكنة في تحديد مضمون العقد بطريقة انفرادية المفروضة بقوة الواقع لا القانون أتاحت للطرف القوي تضمين العقد بمجموعة من البنود التي تحقق مصلحته بالدرجة الأولى، أطلق عليها– بالبنود التعسفية– نظرا لأنها توفر مزايا فاحشة للمهني أو المحترف على حساب من يتعاقدون معه، دون أن يملكوا حق مناقشة أو تعديل هذه الشروط؛ بسبب حاجتهم الماسة إلى تلك السلع والخدمات المُقدمة من طرف الفئة القوية– فليس للطرف الضعيف في العقد سوى الإذعان لتلك الشروط جملة وتفصيلا.

ففكرة العقد أصبحت تعبر عن رغبات ومصالح متعارضة، ووسيلة استغلال وتعسف، بحيث لم يعد المتعاقدين على قدم المساواة؛ فأصبح الطرف القوي يستغل وضعية الطرف الآخر المتعاقد معه بغية الحصول على منافع ومصالح مبالغ فيها، وعليه أصبح التصور التقليدي للعقد القائل بأن الفرد هو خير من يُقدر مصالح نفسه تصور لا يتفق مع الواقع، فكم من ظُلم أو تعسف نشأ في العقد، ارتكب باسم الحرية التعاقدية[4].

[3] محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 11.

[4] صديق شياط، آثر مصلحة المجتمع في الحد من مبدأ سلطان الإرادة في مجال التعاقد، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، تخصص القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2018، ص3.

فهذا التصور التقليدي لمفهوم العقد كما رأينا سلفا، أدى إلى صعوبة احتواء العديد من المُستجدات التي طرأت في مجالات المعاملات المدنية، خاصة تلك التي يختل فيها التوازن الاقتصادي والمعرفي بين المتعاقدين مثلما وضحنا، ومن أبرز هذه المستجدات لدينا **فكرة البنود التعسفية –والتي هي موضوع بحثنا–** وما تولد عنها من اختلال في التوازن العقدي، ونظرا لاستفحالها في عصرنا الحالي، كان ولا بد من إنقاذ الطرف الضعيف منها، من خلال تدخل الهيئة التشريعية بنصوص تحمي مصالح هذا الأخير من أي تعسف وظلم في حقه من جهة، ومحاولة إعادة التوازن العقدي والحفاظ على العدالة التعاقدية من جهة أخرى.

وعلى ضوء ما تقدم، فإننا نطرح الإشكال التالي: **كيف عالج المشرع الجزائري ظاهرة الشروط التعسفية في ظل كل من القواعد العامة والخاصة؟**

تكمن أهمية البحث في هذا الموضوع، بأنه يعتبر موضوع الساعة ويعكس الواقع المعاش، خاصة الظروف الاقتصادية التي تمر بها الجزائر حاليا، فكل واحد منا هو عرضة لمثل هكذا ممارسات تعسفية، حيث تهدف مثل هذه الدراسات إلى زيادة الوعي الثقافي لدى المستهلك في معرفة كيفية حماية نفسه من هذه الممارسات المنافية لأصول التعاقد.

واختيارنا لهذا الموضوع لم يكن محض مصادفة، بل كان على وعي تام بأهمية الشروط التعسفية في حياتنا الاجتماعية، إضافة إلى رغبتنا في زيادة وعينا الثقافي والقانوني فيما يخص هكذا مواضيع.

حيث قمنا من خلال هذه الدراسة بتبيان، كيفية معالجة المشرع الجزائري لظاهرة الشروط التعسفية التي تسببت في اختلال التوازن العقدي، كوننا جميعنا معرضين إلى الوقوع في فخ هذه التصرفات المنافية لأصول التعاقد باعتبارنا مستهلكين ونحتاج إلى إبرام عقود لتلبية احتياجاتنا الشخصية أو احتياجات منهم تحت كفالتنا حيث كانت أولى محاولات المشرع الجزائري للتصدي لهذه الظاهرة من خلال نصوص القواعد العامة، فالطرف الضعيف كان يتمتع ببعض الحماية في رحابها، وذلك بموجب المادة 110 من القانون المدني الجزائري والتي سمحت للقاضي بإلغاء وتعديل البنود التعسفية لمصلحة الطرف المذعن، وكذا المادة 02/112 التي تقضي بتفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن؛ سواء كان دائنا، أم مدينا. إلا أن هذه النصوص شابها النقص في عديد النواحي كما سنبين من خلال هذه الدراسة؛ فلم يستطع المتعاقد الضعيف أن يحصل على الحماية الكافية بصددها، فتفطن المشرع لذلك، وتبني سياسة التشريعات الخاصة في سبيل مكافحة الشروط التعسفية، وذلك من خلال إصداره للقانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وكذا المرسوم التنفيذي رقم 06–306 الذي يُحدد العناصر الأساسية المبرمة بين الأعوان الاقتصادين والمستهلكين والبنود التي تُعتبر تعسفية، وذلك من خلال إيراده لقائمة تُحدد البنود التعسفية.

وأخيرا يكمن هدفنا من وراء هذه الدراسة في رغبتنا في تنوير الحس المعرفي لدى جمهور المستهلكين حول هذا النوع من المواضيع؛ لكثرة تفشيها في واقعنا المُعاش.

فقد اعتمدنا في دراستنا هاته على بعض الدراسات السابقة أهمها:

- دراسة محمد بودالي، بعنوان" الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري"، وهي عبارة عن كتاب، الطبعة3، الصادر سنة 2018.
- دراسة رباحي أحمد، بعنوان" حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية"، وهي عبارة عن أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص الشريعة والقانون، جامعة وهران، نوقشت سنة 2008.
- دراسة سي طيب محمد أمين، بعنوان" الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك"، وهي عبارة عن مذكرة لنيل شهادة الماجيستير، تخصص القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، نوقشت سنة 2008.
- دراسة بوشارب إيمان، بعنوان" حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك"، وهي عبارة عن مذكرة لنيل شهادة ماجيستير، تخصص العقود المدنية، جامعة العربي بن مهيدي–أم البواقي–، نوقشت سنة 2012.

واعتمدنا في دراستنا على المنهج التحليلي كمنهج أصلي لمعالجة إشكالية الموضوع، إضافة إلى إعمالنا المنهج الوصفي في المواطن التي تستلزم ذلك، إضافة إلى المنهج المقارن كون أن القانون الجزائري يشترك مع القوانين الأجنبية وخاصة القانون الفرنسي في العديد من النقاط، وذلك باعتبار أن القانون الفرنسي يُعد المصدر التاريخي له.

ولنجيب على الإشكالية المطروحة قسمنا بحثنا إلى فصلين تناولنا في الفصل الأول حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في ظل القواعد العامة، وقسمنا هذا الفصل إلى مبحثين تناولنا في المبحث الأول التقنينات القانونية العامة لمواجهة الشروط التعسفية، أما المبحث الثاني فخصصناه للآليات الخاصة لمواجهة الشروط التعسفية.

أما الفصل الثاني فخصصناه لحماية المتعاقد في ظل القواعد الخاصة، حيث قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين، تناولنا في المبحث الأول مفهوم الشرط التعسفي في ظل التشريعات الخاصة، أما المبحث الثاني فقد خصصناه لآليات مكافحة الشرط التعسفي في ضوء التشريعات الحديثة أو الخاصة.

الفصل الأول: حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في ظل القواعد العامة

إن العقد في القانون المدني الجزائري ، يقوم على مبدأ هام وأساسي، ألا وهو مبدأ سلطان الإرادة حيث يعرف هذا الأخير على أنه " قدرة المتعاقدين على إنشاء ما يترضيان عليه من العقود وعلى تحديد آثار العقود حسبما يريدان، عن طريق الشروط التي تغير في الآثار الموضوعة للعقد"[1].

وترجع نشأة هذا المبدأ، الى أسس فلسفية واقتصادية، برزت في القرن الثامن عشر تزامنا مع سيادة المذهب الفردي آنذاك، والقائم على تبجيل حرية الفرد، واعتباره محور القانون وأساسه، وقد نتج عن المذهب الفردي في الاقتصاد مبدأ الاقتصاد الحر، فمبدأ سلطان الإرادة هو وليد الفكر الليبيرالي الاقتصادي، القائم على تدعيم المبادرة الفردية في الوسط الاقتصادي، دون تدخل الدولة، وهذا كله تكريسا لمبدا آدم سميث" دعه يعمل، دعه يمر"، فالحرية الاقتصادية هي وليدة الحرية التعاقدية.[2]

حيث تترجم الحرية التعاقدية، في شكل عقود يبرمها الأطراف فيما بينهم؛ كون أن العقد هو أداة لتبادل الأموال والخدمات فيما بين الأفراد من أجل إشباع حاجاتهم ورغباتهم، فالقانون المدني يقوم على مسلمة وهي "أن كل المتعاقدين متساوين في مواجهة بعضهم البعض، وليس لطرف ان يغلب مصلحته على حساب مصلحة طرف آخر"[3] ، فما دامو متساوون أمام القانون فانهم يصنعون عدالة العقد بأنفسهم، دون الحاجة الى تدخل تشريعي لتنظيم هذه الحرية، والذي من شأنه تقييد حريتهم.

لكن سرعان ما أدى التطبيق الصارم لهذا المبدأ ، إلى ظهور العديد من النتائج السلبية، لعل أهمها: أنه كرس استغلال الطرف القوي للطرف الضعيف، ويتجلى هذا الأمر من خلال فرض شروط تعسفية ومجحفة من قبل الطرف القوي في العلاقة ضد الأضعف في إطار العلاقة التعاقدية[4] .

---

[1] عبد الرؤوف دبابش، حملاوي دغيش، مبدأ سلطان الإرادة في العقود بين الشريعة والقانون، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 44، جامعة محمد خيضر، بسكرة، جوان 2016،ص 258.

[2] إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2018، ص9.

[3] المرجع نفسه،ص10.

[4] نور الهدى كرميش، الشروط التعسفية في العقود في التشريع الجزائري، مجلة الآداب والعلوم الاجتماعية، المجلد17، العدد1، جامعة بن يوسف بن الخدة، 2020 ، ص 154.

ما برهنه عقد الإذعان الذي جعل حرية التعاقد تنهار وتسقط، بسبب التغيرات الاقتصادية التي طرأت في البلاد، ما جعل بالمشرع الجزائري يتدخل لتنظيم العلاقات العقدية، تجنبا للتعسف الوارد في مثل هذه العقود.

وعلى ضوء ما تقدم سنتولى في هذا الفصل دراسة التقنينات القانونية العامة المتاحة لتحقيق التوازن العقدي (المبحث الأول)، ثم نتطرق إلى الآليات الخاصة لمواجهة البنود التعسفية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: التقنيات القانونية العامة المتاحة لتحقيق التوازن العقدي

سعى المشرع الجزائري لتوفير الحماية للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، نظرا لإنتشار مظاهر الإجحاف والتعسف في العقود، والتي كانت السبب الرئيسي في مشكل إختلال التوازن الناتج عن إستغلال أحد طرفي العلاقة التعاقدية لضعف وجهل الطرف الأخر، فإنه خصص هذه الحماية ضمن القواعد العامة للقانون المدني والتي تهدف إلى إعادة التوازن من خلال توفير حماية مباشرة للمتعاقد الضعيف من البنود التعسفية، وعليه سنتناول في هذا المبحث نظريات القانون المدني(المطلب الأول)، ثم نتطرق إلى دور نظرية التعسف في إستعمال الحق وقاعدة حسن النية في مواجهة الشروط التعسفية(المطلب الثاني).

المطلب الأول: النظريات المستبعدة كليا

توجد نظريات لا تصلح كليا كأساس قانوني لحظر الشروط التعسفية، في القانون المدني الجزائري والفرنسي، تتمثل هذه النظريات في كل من نظرية الغبن والاستغلال؛ ونظرية الإثراء بلا سبب(الفرع الأول)، ثم نظرية عيوب الإرادة في مكافحة البنود التعسفية(الفرع الثاني).

الفرع الأول: دور نظريتي الغبن والإستغلال والإثراء بلا سبب في مكافحة الشروط التعسفية:

إن محاولة القوانين المدنية العربية في كفالة نوع من التوازن العقدي في العلاقات التعاقدية جعلها تتبنى الاستغلال كعيب من عيوب الارادة، إذا وسعت من خلال هذه النظرية من نطاق الغبن، وحولته من نظرية مادية جامدة تنحصر في عقود معينة إلى نظرية شخصية مرنة تطبق على جميع العقود، وهذا ما سنفصله أكثر في دور نظرية الغبن والإستغلال (أولا)، ثم سنتطرق إلى دور نظرية الإثراء بلا سبب في مكافحة البنود التعسفية(ثانيا).

أولا: نظرية الغبن والاستغلال

نصت المادة 90 من القانون 10/05 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري على أنه:" إذا كانت إلتزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع إلتزامات المتعاقد الآخر وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد إشتغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص إلتزامات هذا المتعاقد،..."[1].

ويلاحظ من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري إعتبر الاستغلال عيبا من عيوب الإرادة موجبا لإبطال العقد، أو إنقاص الالتزامات، وإلى جانب الإستغلال، فقد أخذ بالنظرية المادية للغبن، في حالات معينة فقط، وبالتالي فقد حصر مجال الغبن المجرد على عقود محددة وحالات خاصة، لاتهم في معظمها أوضاع المستهلكين[2].

وعلى أساس مبدئي التضامن الاجتماعي والثقة المشروعة في المعاملات، فإن المشرع الجزائري أنشأ الغبن من جانب آخر على–النظرية الشخصية–، والتي أنتج منها سببا من أسباب إبطال العقد، وهي نظرية لا تنظر لقيمة الشيء المادية، بل لقيمته الشخصية، وذلك بالنظر إلى وضع المتعاقد، وهو لا يفعل ذلك إلا إذا كان هناك خداع في قيمته أو موهوما فيها أو كان مجبرا للتعاقد، ولا يكون هذا إلا نتيجة طيش بين أو هوى جامح[3] .

وقد اختلفت التشريعات بخصوص الجزاءات المترتبة على عيب الاستغلال، حيث أن الجزاء هو إبطال العقود كما هو في القانون السويسري، أو بطلان مطلق كما هو في القانون الألماني، أو الإختيار بين الإبطال أو الإنقاص كما هو في القانون المصري والقانون المدني الجزائري، وبعض القوانين العربية، وتضمنت بذلك فكرة الغبن بمعناه التقليدي الضيق وفكرة

---

[1] محمد أمين سي طيب، الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك دراسة مقارنة. رسالة لنيل شهادة الماجيستير، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008، ص58.

[2] المرجع نفسه،ص59.

[3] نجاة عبيد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجيستير، تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان،2016،ص24.

الاستغلال بمعناه الحديث الواسع، وأصبح الاستغلال أحد العيوب الموجبة لإبطال العقد كأصل عام، فيما بقي الغبن المجرد حبيس بعض التطبيقات[1] .

إذا فعدم التعادل بين الأداءات المتبادلة في العقد، في القانون الجزائري يتسع لكل فروض الإستغلال حتى ولو كان الأمر لا يتعلق بتقديم أداء مقابل آخر لا يساويه في القيمة، وإنما يتعلق بشروط تعسفية مجحفة يفرضها أحد المتعاقدين على الآخر[2].

كما أن تقدير الأداءات المتقابلة في العقد يقتضي بالضرورة تقدير الشروط التي يفرضها المحترف على المستهلك، فحتى ولو لم يكن في قدرته التمكن من قياس القيمة المالية لهذه الشروط على الأداء المالي للعقد بشكل فوري فإن هذه الشروط، تضر بالتوازن المالي للعقد حتى ولو بطريقة مخالفة، كذلك في نظرية الإستغلال لا يُنظر إلى تنازع فوائد الأشياء بمعيار موضوعي من خلال تحديد مقدار محدود، و إنما يُقاس بمعيار شخصي وفقا لظروف كل شخص على حدة، لكن مع إشتراط أن يصل إختلال القيمة إلى الحد الباهض أو الفاحش، أو أن يأتي نتيجة إستغلال أحد الطرفان لطيش البين أو الهوى الجامح[3] .

إن إنعدام التكافؤ الناتج عن إدماج الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك و الناشئ من ضعف إرادة المستهلك، فقد يبدو لأول نظرة أنه يمكن تطبيق نظرية الاستغلال لحماية هذا المستهلك المغبون من بعض البنود التعسفية، إلا أن الاعتماد على هذه النظرية غير كاف لتحقيق الحماية المناسبة للمستهلك في جميع الحالات، بإبطال الشروط المُخلة بتوازن العقد، وذلك لعدة أسباب منها:

- إن الدفع بهذا العيب(الاستغلال) حصره المشرع في حالات ضعف محددة هما؛ الطيش البين و الهوى الجامح، وبالتالي قد ضيق من نطاق تطبيق هذه النظرية، غير أنه لو أخذ بحالات ضعف أخرى كالحاجة، الضرورة، عدم الإدراك، أو عدم

[1] محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012، ص102.

[2] محمد أمين سي الطيب، الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك، المرجع السابق، ص60.

[3] رجاء عيساوي، سلطة القاضي في إحداث التوازن العقدي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2022، ص144.

الخبرة أو نقص التجربة، لقيل إن هذه النظرية ستحقق حماية أكثر للمستهلك من الشروط التعسفية.

- إن وجوب اللجوء للمحكمة لرفع دعوى الإبطال أو دعوى الإنقاص يُصاحبها صعوبة في الإثبات وهو ما لا يتمكن المستهلك من القيام به في أغلب الأحوال، كما يصاحبها مصاريف تُرهق كاهل المستهلك، مما يؤدي إلى عدم سلكه لهذا الطريق.
- إن التطبيقات الخاصة بفكرة الغبن تبدوا قليلة بل ونادرة، بما لا يستقيم مع جعلها أساس لمد نطاق الحماية من الشروط التعسفية وفقا للقواعد العامة في القانون المدني، بالإضافة إلا أنه لو افترض العمل بفكرة الغبن على نطاق واسع لأدى ذلك إلى الاستقرار في المعاملات، واهتزاز الأمن القانوني[1].

ثانيا:دور نظرية الإثراء بلا سبب

لقد رتب المشرع الجزائري أحكام الإثراء بلا سبب في القانون المدني في المادتين 141 و 142 في الباب الأول؛ بعنوان الإثراء بلا سبب؛ حيث يُقصد بالإثراء بلا سبب إلتزام يحل على على حساب غيره، دون سبب قانوني، بأن يرُد لهذا الغير قدر ما أثري به وفي حدود ما إفتقر به الغير .

فقد تبين من خلال المادة 141 من القانون المدني أن للإثراء بلا سبب أربعة معايير أساسية وهي: إثراء المدين، إفتقار الدائن بناء على هذا الإثراء، إنعدام السبب القانوني لهذا الإثراء، أن يكون المتري حسن النية[2] .

فالملاحظ أن كل التشريعات أقامت الإثراء بلا سبب على معيار موضوعي يقوم على مبدأين:" مبدأ العدالة"، والذي يُقرر بأنه لا يجوز أن تثرى ذمة مالية على حساب إفتقار ذمة مالية أخرى، والمبدأ الثاني هو نتيجة المبدأ الأول وهو "البحث عن إعادة التوازن بين ذمتين"، والتوازن الذي إختل على إثر الإثراء والإفتقار، وإنطلاقا من فكرة التوازن، قد يتبادر إلى الذهن أن الإثراء بلا سبب يصلح كأساس قانوني لتبرير حظر الشروط التعسفية، مما يؤدي إلى الإختلال الظاهر

[1] رجاء عيساوي، سلطة القاضي في إحداث التوازن العقدي، المرجع السابق، ص142.

[2] شوقي بناسي، أثر تشريعات الإستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2016، ص447.

بالتوازن بين حقوق و واجبات أطراف العقد، بحيث يلحق المحترف الإثراء، ويلحق المستهلك الإفتقار فيبدوا أن هذا التحليل غير منطقي من عدة نواحي؛ الناحية الأولى إن مضمون فكرة الإثراء بلا سبب قد يرمز إليها بتسمية إنعدام السبب القانوني للإثراء، غير أن الفقه متفق على أن المقصود بالسبب القانوني" هو العقد والقانون"[1]، في حين أن سبب الشرط التعسفي موجود؛ في كل من عقد الإذعان والاستهلاك.

من الناحية الثانية إن المشرع الجزائري، وبخلاف جل التشريعات العربية، اشترط حسن النية في المتري ومن ثم يكون قد أقام الإثراء بلا سبب على معيار شخصي، وليس على معيار موضوعي[2].

ومن الناحية الثالثة، ينتج عن تواجد شروط الإثراء بلا سبب، حسب المادة 141 من القانون المدني إلتزام المتري بتعويض المُفتقر بقدر ما أثري به، غير أن توافر الطابع التعسفي في الشرط يؤدي إلى بطلانه أو بطلان العقد كله.

الفرع الثاني: دور نظرية عيوب الإرادة في مكافحة البنود التعسفية

تعتبر نظرية عيوب الإرادة من أهم الوسائل التي تعمل على حماية الطرف الضعيف في العقد بصورة عامة، فقد إعتمد عليها القضاء الفرنسي من أجل مواجهة القصور التشريعي المتعلق بالبنود التعسفية، فالعقد يكون قابلا للإبطال في حالة تعيب إرادة أحد طرفي العقد بعيب من عيوب الإرادة إذا حصل لإرادة المتعاقد عيب من عيوب الإرادة كالتدليس أو الغلط .

أولا: دور نظرية الغلط:

سنتطرق في هذا العنصر إلى تعريف نظرية الغلط وتبيان مدى إمكانية التعويل عليها في مواجهة الشروط التعسفية.

1/ تعريف نظرية الغلط:

نظم المشرع الجزائري عيب الغلط في المادة 81 إلى المادة 85 من القانون المدني الجزائري، حيث يعد الغلط بأنه وهم كاذب يتولد في ذهن الشخص، أو حالة تقوم بالنفس تجعله يتصور تجعله يتصور الأمر على غير الواقع، فالوهم أو غي الواقع قد يكون واقعة غير صحيحة

[1] شوقي بناسي، أثر تشريعات الإستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد،ص448.

[2] المرجع نفسه، ص448.

يتوهم الإنسان صحتها، أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها، فالمتعاقد يتخيل أمرا ويقوم في ذهن الشخص وينقله على اعتقاد غير الواقع الخيالي، ويكون هو السبب الدافع إلى التعاقد، فهو توهم كاذب بالنسبة للواقع يؤدي بالشخص إلى إبرام تصرف قانوني[1]، فقد يتضح من الطريقة التي يتم فيها صياغة الإيجاب، والذي يكون في غالب الأحيان مطبوعا وعاما، وقلة وقوع الطرف المذعن في غلط، بالإضافة إلى قيام الطرف المذعن أحيانا بالتوقيع على بند معين يصادق عليه بقراءة كل بنود العقد وقبولها[2]، فيبدو التمسك بالغلط غير ممكن، لأنه من الصعب القول بأن الطرف المضطر أي(الطرف المذعن) كان هدفه الرئيسي من جراء التعاقد هو تحقيق التوازن في الالتزامات التي تتولد عن العقد، ويؤكد هذه النظرية أن من أهم شروط التمسك بالغلط هو أن يكون هذا الغلط جوهريا، أي متعلق بصفة جوهرية تجعله أن يندفع إلى التعاقد[3].

فليس كل شرط تعسفي هو الدافع إلى التعاقد، بحيث قد يتحقق معه جسامة الخطأ الذي وقع فيه المستهلك[4].

2/ مدى إمكانية التعويل على هذه النظرية في مواجهة الشروط التعسفية:

إن إنكار دور نظرية الغلط في مواجهة الشروط التعسفية هو كلام مبالغ فيه؛ إذ من الممكن أن يتحقق الغلط بالنسبة للشروط الواردة في عقود الإذعان؛ فإن تلك العقود أحيانا ما تحتوي على شروط مبهمة، يعسر على المتعاقد فهمها[5]،كما أن المشترط يبحث عن حماية مصالحه

[1] محمد بلقاسم بوصري، الغلط والتدليس في القانون الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد15، العدد2، جامعة الجلفة، جوان2022، ص496.

[2] محمد أمين سعدي ، المعالم الجديدة لنظرية العقد في التشريعات الوضعية مقارنة بالفقه الإسلامي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، 2022/2021، ص309.

[3] حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996، ص64.

[4] إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك، المرجع السابق، ص166.

[5] محمد أمين سعدي، المعالم الجديدة لنظرية العقد في التشريعات الوضعية مقارنة بالفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 309.

من أي إحتمال لفهم شرطه،بل إنه في بعض الأحيان قد يتعمد أن يكون عقده غامضا قدر الإمكان، مع عدم تعويض فعالية شروطه لأي حظر في الوقت نفسه[1].

ومن جانب آخر يرى بعض فقهاء القضاء الفرنسي أن القضاء يمارس رقابته ويتعامل بصرامة مع الوثائق التعاقدية،خاصة المكتوبة بخط رفيع، أو تلك التي تفرض شروطا على ظهر الورقة التي أمضاها المتعاقد، إذ في ظل عقود الإذعان يمكن بكل سهولة إعتبار غلطه مغتفرا[2].

فالقضاء الفرنسي يفرض الإلتزام بحسن النية، فإذا احتوى العقد على شروط غامضة يصعب فهم فحواها، خصوصا بالنسبة لغير المحترفين، فإن المشترط يلتزم إعمالا لمبدأ حسن النية بتقديم كافة المعلومات والتسهيلات بصدد بيان هذه الشروط ومداها، وهو ما سيؤدي بالضرورة إلى تجنب وقوع غير الخبير في الغلط[3].

وبالرغم من نجاح نظرية الغلط في بعض الأحيان في مواجهة الشروط التعسفية، إلا أنها قاصرة على أن تكون الأسلوب الفعال في هذا المجال، خصوصا لما يترتب على إعمالها من إبطال العقد وليست إستبعاد الشروط التعسفية مع الإبقاء على وجوده[4].

فقد كان هناك جانب آخر من الفقه يرى عدم كفاية الغلط لمواجهة الشروط التعسفية، على أساس أن الحكم السابق هو تطبيق خاص للغلط، وأنه حتى ولو تم الأخذ بالتفسير الموسع للمادة 1110 من القانون المدني الفرنسي والتي تقابلها المادة 82 من القانون المدني الجزائري، فإن الغلط الواقع على المراجعة التعريفية كما في الغلط الواقع على أي شرط محدد لقيمة محل العقد لا يدرج ضمن نطاق تطبيق هذه المادة بصفة عامة، لذلك فمن الصعب القول بأن شرط عدم المسؤولية يعتبر باطلا بسبب الغلط؛ لأن ذلك الشرط لا يتعلق مطلقا بغلط حول صفة الشيء محل العقد، وهذا الأمر ينطبق على أغلب البنود التعسفية، خصوصا أنه على المتعاقد أن يثبت أن هذه

---

[1] أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية وفق الفقه الإسلامي والقانون الجزائري،أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الشريعة والقانون كلية العلوم الإنسانية، جامعة وهران، 2008، ص 170.

[2] المرجع نفسه.

[3] حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، ص67.

[4] المرجع نفسه، ص70.

الصفة كانت بالنسبة له ذات مكانة مهمة، وأنها كانت معروفة بالنسبة للطرف الآخر وقت إبرام العقد [1].

ثانيا: دور نظرية التدليس:

1/تعريف التدليس:

يعرف التدليس: "أن يستعمل أحد طرفي العقد، أساليب غايتها تضليل الطرف الآخر وإكتساب رضاه من أجل الاتفاق على عقد أي عمل حقوقي آخر، إذ البعض الآخر يقول إن التدليس هو نوع من الغش يُصاحب تكوين العقد، وهو إيقاع المتعاقد في غلط مما يدفعه إلى التعاقد نتيجة إستعمال الحيلة[2].

فالتدليس ينتج عن تعيب الإرادة فيجعل العقد قابلا للإبطال، وهو نتيجة حيلة و الحيلة خطأ عمدي يستوجب التعويض طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية، و وسائله كثيرة تبدأ من مجرد الكذب والكتمان وتصل إلى النصب[3] .

وقد نصت المادة 87 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:" إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد مالم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس".

فالملاحظ من هذه المادة أن التدليس الذي يصدر من غير المتعاقدين لا يُعيب الإرادة لا يعتبر سببا لإبطال العقد، إلا إذا أثبت المدلس عليه أن الطرف الآخر كان علم بذلك أو كان من المفروض عليه حتما أن يعلم بهذا التدليس، وبالتالي فإن المشرع قد وفق بين حماية رضا المتعاقد وتوفير الثقة في المعاملات، وجعل التدليس الصادر من الغير سببا لإبطال العقد إذا أثبت المدلس عليه أن الطرف الآخر كان عالما أو من المفروض عليه حتما أن يعلم، أما إذا كان لا يعلم به ولو يكن في قدرته العلم به، أصبح العقد بعيدا عن الإبطال حماية لإستقرار المعاملات[4].

---

[1] أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية وفق الفقه الإسلامي والقانون الجزائري،المرجع السابق،ص 173.

[2] محمد بلقاسم بوصري ، الغلط والتدليس في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص492.

[3] المرجع نفسه، ص493.

[4] سعاد دراح، عيوب الرضا بين حماية المتعاقد واستقرار المعاملات، رسالة للحصول على شهادة الماجيستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2012، ص46.

2/تقدير نظرية التدليس في مواجهة الشروط التعسفية:

ففي مجال العقود، محل الدراسة أن المدلس عليه قد لا يرغب في إبطال العقد بحسب ما يود الابتعاد عن الشروط التعسفية، وبالقدر المستطاع يمكن الوصول إلى تحقيق هذه النتيجة بدون الوقوع مع المبادئ العامة للقانون، فطالما أن مسؤولية المدلس قد أقامت في مواجهة الطرف المدلس عليه، فإنه من الواجب عليه أن يقوم بتعويضه عن الضرر الذي أصابه من جراء الفعل الضار، ولما كان خير تعويض هو التعويض العيني فإن إزالة الضرر الناجم عن التدليس في هذه الحالة يكون بعد إبعاد الشروط التعسفية [1].

المطلب الثاني: النظريات المستبعدة جزئيا

توجد نظريتان تصلح كتبرير لحظر الشروط التعسفية، نتيجة اهتمامها بظاهرة التوازن العقدي، ولكن في ظل الفحص الدقيق و المتقن كشف أن هذه الصلاحية جزئية فقط،إذ تمثلت هذه النظريات في كل من نظرية السبب والتعسف في إستعمال الحق.

لذا وجب علينا أن نتطرق(أولا) إلى دور نظرية سبب الإلتزام ـ النظرية التقليديةـ في مواجهة الشروط التعسفية، ثم نتطرق إلى دور نظرية التعسف في إستعمال الحق(ثانيا).

الفرع الأول: نظرية السبب والتعسف في إستعمال الحق في مواجهة البنود التعسفية

لاشك أن التوازن العقدي لا يتحقق إلا بوضع نظام قانوني متطابق، وبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري لم يتضمن أي مبدأ يهدف إلى ضمان التوازن العقدي بشكل مباشر، إلا أننا نجد أن القواعد العامة في القانون المدني تضمنت العديد من التقنيات التي من خلالها يمكن أن يسهم إعمالها في محاربة التوازن العقدي، والتي منها السبب(أولا)، التعسف في إستعمال الحق(ثانيا).

[1] حسن عبد الباسط جميعي، آثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص 77.

أولا: دور نظرية سبب الالتزام (النظرية التقليدية) في مكافحة الشروط التعسفية

1/تقدير نظرية سبب الالتزام في مواجهة الشروط التعسفية:

نصت المادة 1131 من القانون المدني الفرنسي(نابليون) 1804 على أن:

" الإلزام لا يُنتج أي أثر إذا لم يكن مبنيا على سبب غير صحيح، أو على سبب غير مشروع"، ويعتبر هذا النص من آثار النظرية التقليدية في السبب والتي كانت تتطلب في السبب أن يكون صحيحا، ومشروعا، إضافة إلى ذلك أن يكون شرطها موجودا، ويترتب على هذا الشرط بأن كل إلتزام يجب أن يكون له سبب، وأن تخلف ذلك يؤدي إلى بطلان العقد، و أن إنشاء السبب يواصل في وجوده من وقت تكوين العقد إلى حين تنفيذه، فلما كانت النظرية التقليدية تعتقد سبب الإلتزام في العقود الملزمة للجانبين هو محل إلتزام المقابل، فإن إنعدام تواجد محل الإلتزام المقابل دلالة على عدم وجود سبب مما يؤدي ذلك إلى بطلان العقد[1].

وقد استند المشرع الفرنسي على النظرية التقليدية للسبب، إلا أن موقف المشرع الجزائري كان محل خلاف فقد إعتمد على النظرية الحديثة لسبب، هذه الأخيرة تعتبر السبب هو الغرض، أو الهدف غير المباشر التي يرغب المتعاقد الولوج إليها من وراء تعاقده، وبهذا يُصبح السبب في نظرها هو الدافع إلى التعاقد، ومن ناحية أخرى يرى البعض مع غالبية الفقه العربي، أن القانون الجزائري كباقي القوانين العربية قد أخذ بالنظرية الحديثة لسبب، كان يعترف بأن المادة 97 أنسبت السبب إلى العقد ثم أرجعت المادة 1/98 فأنسبت السبب إلى الإلتزام، ثم أرجعت المادة 2/98 فأنسبت السبب إلى العقد[2].

فقد نصت المادة 97 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:" إذا إلتزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا"، معنى ذلك أنه لا يمكن الإستناد على نظرية السبب في مجال عقود الإستهلاك، لأنها لا تثور أبدا من

[1] حسن عبد الباسط جميعي، آثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص77 .

[2] محمد أمين سي طيب، الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك، المرجع السابق، ص50.

الناحية العملية فالمفترض أن العقد نهض بسبب صحيح، ومن الضروري مكافحة عدم التوازن بين إلتزامات المهنيين والمستهلكين، وليس إثارت السبب الذي تأسس عليه الإلتزامات[1].

ومن أشهر القرارات القضائية في هذا الصدد؛ قضية Chronopost الشهيرة، إذ إعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن الشرط المتضمن تحديد مسؤولية شركة البريد عن التأخير، يعد مخالفا لنص المادة 1131 من القانون المدني الفرنسي؛ بإعتباره يُناقض إلتزامها الأساسي المتمثل في إيصال الطرود بسرعة كبيرة، مما يؤدي إلى إعتبار الشرط غير مكتوب[2].

ويعتبر هذا حلا مناسبا، فقد جمع بين حماية المتعاقد على إعتبار أن البطلان كان سيلحق الضرر بمصالحه، وحماية العقد لوحده؛ لأنه يعتبر من أولويات القانون التي تحافظ على استقرار المعاملات قدر الإمكان[3]، وكنتيجة من قرار محكمة النقض، أن القضاة رغبوا في الإبتكار من خلال التمسك بإنعدام السبب على ضوء المادة 1131، وهو غياب جزئي، مما ينتج عنه الإنعدام الجزئي للسبب بمفهوم الفائدة أو المصلحة عن شرط تحديد المسؤولية، فبالمقارنة بين الإلتزامات المتقابلة مع شركة البريد، لم تنتج المصلحة المطلوبة ولم يكسب الفائدة المنتظرة من أداء الخدمة في الميعاد، وليس مجرد نقل الرسالة، مما يباشر في اختلال التزام الشركة[4].

فبدلا من أن يكون جزاء إنعدام السبب في هذه الحالة هو بطلان العقد، فقد فضلت محكمة النقض الفرنسية إستبعاد الشرط التعسفي كأن لم يكتب؛ لأنه ينقص بصورة فادحة جزاء عدم تنفيذ الالتزام الرئيسي، فيلغى الشرط، ويبقى العقد صحيحا[5].

---

[1] علي الحاج بدر الدين، مكافحة الشروط التعسفية في العقد–آلية للمحافظة على الرابطة التعاقدية–، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد7، العدد1، 2022/06، ص 1643.

[2] محمد أمين سعدي، المعالم الجديدة لنظرية العقد، المرجع السابق، ص306.

[3] بن عزوز درماش، التوازن العقدي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان،2014، ص189.

[4] عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، المرجع السابق، ص، ص، 145–146.

[5] المرجع نفسه، ص144.

2/ مدى إمكانية التعويل على سبب الالتزام:

إن الحل الذي توصلت إليه محكمة النقض الفرنسية لم يكن ملائما ولم يلق إجماعا فقهيا وكان الأجدر بهم الاستعانة بوسائل أخرى، تؤدي إلى نفس النتيجة، كالخطأ الجسيم، أو الإخلال البسيط بالتزام أساسي، أو فسخ العقد لعدم التنفيذ، أو إعادة تكييف الشرط كشرط جزائي مبالغ فيه إلا أن قضاة النقض أرادوا الإبتكار من خلال التمسك بغياب السبب كأساس لقرارهم، والذي يتمثل في التقصير في أداء التزام أساسي[1]، أما من حيث الناحية التطبيقية، فإنه لا يمكن إعمال الجزاء التقليدي للسبب، والمتمثل في البطلان الكلي للعقد على تلك القضية، لأننا أما تخلف جزئي للسبب مما يؤدي إلى عدم إمكانية القول ببطلان العقد برمته[2].

كما أن العقد تصرف مركب، فالبنود التي يتكون منها ليست متميزة عن بعضها البعض فلا يمكن أن القول بأن البند الفلاني يضع على عاتق طرف ما التزاما له مقابل التزام معين بحيث إذ لم يوجد المقابل نكون أمام التزام بدون سبب، إن مجموع العقد مع مختلف البنود التي تكونه هو الذي يسمح بمعرفة التعهدات التي إكتتبها الأطراف، فإن المادة 1161 من القانون المدني الفرنسي(قبل تعديل 2016) ، والتي تقضي بأن بنود العقد تفسر بعضها ببعض، وعلى ذلك لا يمكن دائما فصل حكم من أحكام العقد عن مجموع الاتفاق والاستنتاج بغياب السبب بالنسبة للالتزام المستخلص من هذا أو ذاك البند[3].

حيث يرى أصحاب هذا الفقه أنه لا يمكن الاستناد على نظرية السبب من أجل إبطال الشروط التعسفية، لأن القانون يستوجب وجود السبب، فهو لا يستوجب التعادل بين السبب و الالتزام المسبب، لذلك لا يجب الخلط بين غياب السبب وعدم التوازن ما بين الالتزامات؛ لأن السبب يتحقق وجوده بمجرد أن يوفي الطرف الآخر بالتزامه، حتى ولو كان هذا الالتزام يقل قيمة عن الالتزام المقابل[4].

---

[1] بن عزوز درماش، التوازن العقدي، المرجع السابق، ص188.

[2] محمد أمين سعدي، المعالم الجديدة لنظرية العقد في التشريعات الوضعية المقارنة بالفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص307.

[3] شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، ص450.

[4] أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص225.

ثانيا: دور نظرية التعسف في إستعمال الحق

إن فكرة استعمال صاحب الحق لحقه تخضع لمحض إرادته، ويمارسه كيفما شاء ولو تغيرت، حيث أن القانون يحمي الإستعمال المشروع ، أما الإستعمال الذي يخالف غاية الحق لا يخضع لحماية القانون، إنما يترتب عنه مسألة صاحب الحق، عما تسبب به للغير من ضرر فنظرية التعسف في إستعمال الحق لها أهمية كبيرة في رقابة الحقوق وتقليدها.

1/تعريف التعسف في إستعمال الحق

لقد إختلف البعض من الفقهاء في تعريفهم لتعسف في إستعمال الحق، ويرجع ذلك إلى إختلاف نظرتهم لطبيعة الحق في حد ذاتها، ومن بين الفقهاء الذين أعطوا تعريفات لتعسف في إستعمال الحق الفقيه سالي، والذي عرفه على أنه:" إنتفاء الحق وليس إستعماله، فقد إعتبر أن التعسف في إستعمال الحق هو الخروج عن حدوده"[1].

وعرف التعسف على أنه:" تخلف عن غاية الحق أو مناقضتها"، فهذا التعريف يبين النظرية العامة للتعسف من إنحراف أو تخلف عن هدفه، فتعسف يعرف في لغة القانون أيضا أنه: " إنحراف بالحق عن الغاية التي شرع من أجلها"[2].

فإختلاف الفقهاء على منح تعريف محدد للتعسف، راجع لتضارب آراءهم في تعريفاتهم للحق، فإن التعسف في إستعمال الحق يكون ببقاء صاحب الحق في الحدود المرسومة له–الحدود التي سطرها القانون له– ، فإذا تجاوز حدود حقه كان مخطئا وملزما بإصلاح الضرر[3]، ففي القانون الفرنسي لا يوجد نص في قانونه المدني يعالج التعسف في استعمال الحق، هذا راجع للمدة الزمنية التي صدر فيها القانون المدني، إذ إنها كانت تتسم بفكرة إطلاقية الحقوق، إلا أن هذه الفكرة تراجعت بظهور فكرة الغاية الاجتماعية للحقوق، فتأثر المشرع الفرنسي بنظرية التعسف في إستعمال الحق عبر عنها في بعض القوانين الخاصة: القانون الصادر 1890/1/27 الذي عدل المادة 1780 وجعل إنهاء عقد العمل غير محدد المدة بإرادة منفردة من قبيل التعسف الموجب

---

[1] فتحي الدريني، نظرية التعسف في إستعمال الحق في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1977، ص310.

[2] المرجع نفسه، ص40.

[3] علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام–مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2005، ص221.

للتعويض، وقد جدد هذا الحكم في قانون العمل في المادة 23 من الكتاب الأول في 1910/12/26، والقانون الصادر بتاريخ 1941/5/23 المؤيد بالمرسوم 1958/12/22 المعدل للمادة71 من قانون الإجراءات والذي يحدد غرامة ضد المتقاضي الذي يستأنف الحكم بقصد عرقلة تنفيذه[1].

وقد تناول المشرع الجزائري هذه النظرية، قبل تعديل القانون المدني سنة 2005 في المادة 41 ضمن أحكام الأهلية ولكن بعد تعديل 2005، أعاد تنظيم هذه النظرية شكلا ومضمونا، من ناحية الشكل، وبعدما كانت محصورة في نطاق الأحكام الخاصة بالأهلية في المادة 41 من القانون المدني، أدرجت ضمن الفصل الخاص بالمسؤولية عن الأفعال الشخصية، أما بالنسبة من ناحية المضمون فبعد أن إستعمل المشرع لفظ عبارة:" يعتبر إستعمال الحق تعسفيا"، أصبح يستعمل عبارة:" يشكل الإستعمال التعسفي للحق خطأ"[2].

2/مدى إمكانية التعويل على هذه النظرية في مكافحة الشروط التعسفية:

إحتلت نظرية التعسف في إستعمال الحق مكانا بارزا في التقنيات المستحدثة، فالمشرع الجزائري وضع العديد من القواعد والأنظمة تضبط صور التعسف في المادة 124 مكرر من القانون المدني[3].

إن مضمون هذه النظرية مبدؤه أن الحق محدد إستعماله على نحو يزيل دون الإضرار بالغير، وذلك على الرغم من أن العمل الذي يأتي به صاحب الحق يدخل في مجال جوهر حقه فهذه النظرية تقدر التوازن بين صالح الفرد والجماعة، فقد تعترف بالحق وبحرية صاحبه في إستعماله بما يعود عليه بالمنفعة، ولكنها تحصر هذه الحرية حتى لا تدفع صاحب الحق إلى تحقيق الغاية أو الهدف غير المشروع، فتضع الرقابة على إستعماله لحقه بما يكفل مشروعية هذا الإستعمال[4].

---

[1] علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص221.

[2] شوقي بناسي، آثر تشريعات الإستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص453.

[3] تنص المادة 124 مكرر على أنه:" يشكل الإستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما الحالات الآتية؛ إذا وقع بقصد الإضرار بالغير؛ إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير؛ إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

[4] رجاء عيساوي، سلطة القاضي في إحداث التوازن العقدي، المرجع السابق، ص152.

وتتميز نظرية التعسف في إستعمال الحق، بنوع من المرونة يمكن التوسع فيها إلى الحد الذي تصبح فيه أوسع مجالا من الخطأ، ويمكن التضييق منها إلى الحد الذي تصبح أضيق مجالا منه[1].

ويرى جانب من الفقه أن نظرية عدم التعسف في إستعمال الحق من مقتضيات حسن النية في إبرام العقود، و أنها الوسيلة القضائية التي تعالج بعض الحالات المؤدية للإضرار بالأطراف المتفاوضة و ذلك بسبب القطع غير المبرر للمفاوضات[2].

فطبقا لإعتقادهم أن إدماج العقد بالشروط التعسفية، هو نتيجة تعسف شخص في إستعمال حق التعاقد بإدراج تلك البنود التي تناسبه[3].

إلا أن إرجاع فكرة البنود التعسفية جملة إلى التعسف في إستعمال الحق، لم يسلم من الإنتقادات وذلك للأسباب التالية:

- إن حصر مجال الشروط التعسفية في ثلاثة حالات يؤدي إلى تجميد وتضيق مجال الحماية.
- أن التحرير المسبق لشروط العقد من قبل الأطراف المتعاقدة يتمثل أساسا في ممارسة سلطة واقع، فيعد إدراج البنود في العقد حرية وليس حقا، وبالتالي لا يكون محل التعسف حقا شخصيا، وبالتالي لا يمكن القول إن إدراج الشروط التعسفية هو مجرد تطبيق للتعسف في إستعمال الحق.
- إن الشروط التعسفية نظام مستقل ينحصر فقط في التصرفات القانونية نظم خصيصا لمواجهة أخطر حالات التعسف في مجال العقود[4].

---

[1] مبروك حجاج، التعسف في إستعمال الحق بين نظام المسؤولية التقصيرية ونظام المستقل، رسالة لنيل شهادة الماجيستير، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر بن عكنون، 2012، ص 108.

[2] رجاء عيساوي، سلطة القاضي في إحداث التوازن العقدي، المرجع السابق، ص153.

[3] شهيناز بوزار عنتري، التعسف في العقود ، رسالة لنيل شهادة الماجيستير، تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1 يوسف بن خدة، 2013، ص 13.

[4] شهيناز بوزار عنتري، التعسف في العقود، المرجع السابق، ص15.

أيضا فإن المشرع الجزائري قد حصر مجال نظرية التعسف بعد تعديل(2005) في المسؤولية عن الفعل الشخصي، وبالتالي لا يمكن الإستناد عليها في مجال التصرفات القانونية.

الفرع الثاني: دور قاعدة حسن النية في مواجهة الشروط التعسفية

لمبدأ حسن النية دور فعال في توسيع السلطات الممنوحة للقضاء، حيث تعدى كل المفاهيم التقليدية التي تفيد أن له معنى تفسيري إلى معنى تنفيذي الذي ينال الدور الحقيقي للمبدأ، فإن لذلك المبدأ دور في توسيع دائرة الخطأ فعلى الرغم من أن الخطأ الجسيم يترتب ضمن الأخطاء غير العمدية، أي التي تصدر دون قصد، فإرتكاب المدين لخطأ جسيم يشكل علة على سوء النية.

وعليه سنتعرض (أولا) إلى تعريف مبدأ حسن النية و(ثانيا) إلى مدى إمكانية الإعتماد على مبدأ حسن النية من الشروط التعسفية.

أولا: تعريف مبدأ حسن النية

يُقصد بمبدأ حسن النية:" على أنه تلك النية الصادقة الخالية من الغدر و الخداع، كما تنفع النية الحسنة أو القصد السوي أو الصراحة"، وعليه فالنية الحسنة تعارض سوء النية والغش وأي رغبة في الإضرار بالغير وبصفة عامة لمبدأ حسن النية مفهوم واسع وشامل يُعبر عن كل إحساس بالأمانة وتباث الضمير[1].

فهناك من أعطى تعريفا آخر لمبدأ حسن النية، بأنه هو التعامل بصدق واستقامة و شرف مع الغير، بصورة تبقى ممارسة الحق ضمن الهدف المقيد والعادل الذي أنشأ من أجله، والتزام كل من طرفي العقد بها بحيث لا تؤدي هذه الممارسة إلى الإضرار بالغير دون مبرر مشروع بل توصل كل ذي حق حقهُ بأمانة[2] .

ويرجع مبدأ حسن النية إلى عهد القانون الروماني؛ إذ كان الشخص في ظل نطاق هذا القانون يُلزم بالوفاء بما تعهد به ولا يمكن التقصير بالثقة والأمانة، إلا واعتبر مرتكبا لعمل يندمج

[1] خالد معاشو، دور القاضي في حماية المستهلك من الشروط التعسفية، رسالة لنيل شهادة الماجيستير، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، 2016، ص 100.

[2] صباح عسالي، مبدأ حسن النية كمعيار لحماية التعاقد، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد14، العدد3، جامعة زيان عاشور، الجلفة،2021، ص772.

في مجال الغش والخداع، بحيث نظم الفقيه الروماني "البريتور" عقوبة لمن أخل بذلك فأعطى للدائن دعوى تنشأ على حسن النية (العادات التي تحقق الصلة بين الناس الشرفاء)، فيعرف هذا الأسلوب بدعاوى حسن النية وإن كان مبدأ حسن النية في القانون الروماني لا يضمن كامل العقود، والتي إنقسمت إلى عقود القانون الضيق التي تتم حرفيا، وإلى عقود حسن النية[1].

ثانيا: مدى إمكانية الإعتماد على مبدأ حسن النية في الحماية من الشروط التعسفية

يعتبر مبدأ حسن النية من أهم القواعد الأساسية في تشريعات القوانين المدنية عامة، وفي العقود خاصة، إذ يمثل النطاق والروح التي ينبغي أن يحكم إحداث وتفسير العقد وتحديد مضمونه فلا يمكن أن يوجد عقدا إلا ولحسن النية فيه ظهورا وتواجدا[2] .

فتسلل مبدأ حسن النية إلى العلاقات القانونية، يضيف لها عنصرا فعالا فضلا عن دوره في تحقيق العدالة العقدية بين طرفي العقد؛ فهو يمنح حماية للمتعاقد، وهذه الحماية تكمن إما بإبقاء العقد نظرا لما يقدمه من أهمية اقتصادية واجتماعية، أو للمطالبة بالتعويض بحسب توازن المصالح بين العلاقات القانونية ودور ذلك في تحقيق العدالة التعاقدية[3] .

إذ أنه في العقود المبرمة بين المحترف والمستهلك يشترط أيضا الإلتزام بما تقتضيه، قاعدة حسن النية من جانب المحترف أكثر من جانب المستهلك، ولأن هذا الأخير ليس لديه مقومات تمكنه من إبرام العقد مع المحترف بما يخالف مقتضيات حسن النية، فالمستهلك عموما يجد نفسه عاجزا في تحديد شروط التعاقد، أمام المحترف الذي يتلمس هذا العجز فضلا عن عامل السرعة في مثل هذه المعاملات، وعدم الوقت الكافي عند الفحص والدراسة والإلمام بكل النتائج المترتبة عن العقد[4].

---

[1] خالد معاشوا، دور القاضي في حماية المستهلك من الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص101.

[2] حفيظ دحمون، التوازن في العقد، رسالة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2012، ص 68.

[3] منصور حاتم محسن، متطلبات تحقيق العدالة التعاقدية دراسة مقارنة، مجلة بابل، المجلد26، العدد3، العراق،2018، ص17.

[4] فاطمة الزهراء زيتوني، مبدأ حسن النية في العقود دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان،2018، ص282.

إضافة إلى ذلك يعد مبدأ حسن النية أساسا للمراقبة القانونية على الشروط التعسفية من طرف القاضي، لأن له تأثير في الحكم بسريان أو عدم سريان البند التعسفي، فإذا ما تبين للقضاء معارضة الطرف المذعن للشروط التعسفية، قضى إنعدام سريان تلك البنود بحقه[1].

وبالرجوع إلى المادة 107 من القانون المدني الجزائري فإنها تعترف صراحة بالمبدأ–حسن النية– في تنفيذ العقد وتنص على ما يلي:" يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية. ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام."، فالمشرع الجزائري لم ينص على جزاء معين لعدم مراعاة حسن النية عند تنفيذ العقد، وإنما نص على الإعتراف للقاضي بإلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد بشكل يتوافق مع ما يقرره حسن النية، وبالتالي لا توجد إجتهادات قضائية في هذا السياق.

وقد ذهب بعض الفقه إلى القول بعدم جدوى هذا المبدأ في تحقيق التوازن العقدي[2].

إن اتخاذ مبدأ حسن النية كمبدأ يجب أن يسود العملية التعاقدية ويخفف من حدة مبدأ سلطان الإرادة ويقلل من أسباب الغش و الخديعة ويدعم الثقة والاستقرار والتوازن العقدي من خلال التوازن بين مصلحة المتعاقدين واستقرار التعامل، إذ يعد وسيلة لتدخل القاضي لإعادة التوازن للعقد لما يحققه من مساواة وعلاقة تعاقدية بنقله التزامات ايجابية حديثة[3]، إلا أنه لا يشكل تقنية مستقلة يمكن الاعتماد عليها وحدها لإعادة التوازن العقدي، لأن تقدير الإخلال بحسن النية يكون بالنظر إلى سلوك المتعاقد، وليس بالنظر إلى شرعية الاشتراطات التعاقدية[4].

[1] شوقي بناسي، آثر تشريعات الإستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص457.

[2] رجاء عيساوي، سلطة القاضي في إحداث التوازن العقدي، المرجع السابق، ص151.

[3] بن عزوز درماش، التوازن العقدي، المرجع السابق، ص245.

[4] رجاء عيساوي، المرجع السابق، ص151.

المبحث الثاني: الآليات الخاصة لمواجهة البنود التعسفية

من المعروف أن الصورة التقليدية للعقد تقوم على المساومة، وتدعم مسألة مناقشة العقد من كلا الطرفين على وجه المساواة، إلا أنه ومع تعرض العالم بداية القرن العشرين إلى الكثير من التغيرات في مختلف مجالاته، الاقتصادية والاجتماعية، حيث تميزت هذه الحقبة من الزمن بكثرة الإنتاج، وتنوع السلع والخدمات، الأمر الذي أدى الى إحداث فجوة بين المتعاقدين، مما ما خلق تفاوت في المراكز القانونية للأطراف المتعاقدة، حيث ساد الإحتكار بفعل ظهور مؤسسات و شركات ضخمة تمتلك الإمكانية المالية والاقتصادية، ما وضعها في مركز القوة، الذي جعلها تنفرد في تحديد شروطها، وصياغة مضمون العقد، دون طرحه في طاولة المناقشة مع المتعاقد الآخر، والذي لا يملك سوى التسليم والإذعان لها، هذه العقود اصطلح عليها بعقود الإذعان [1].

فإنه من أجل بيان هذ العقد ينبغي التطرق إلى مفهومه، وهذا ما سنوضحه في (المطلب الأول) ثم بيان الوسائل القانونية المتاحة للقاضي لمواجهة الشروط التعسفية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم عقد الإذعان

إن الصيغ المتعارف عليها في العقود هي صيغ عادية، يتحدد فيها مضمون العقد و شروطه بالمساومة ما بين الطرفين، لكن سرعان ما تغيرت صيغ هذه الأخيرة وظهرت صيغ عقود جديدة إلى الوجود، أصطلح عليها بعقود الإذعان.

وبالتالي سنتولى في هذا المطلب تعريف عقد الإذعان وبيان طبيعته القانونية(الفرع الأول) ثم تبيان كيف يكون التراضي فيه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف عقد الإذعان وطبيعته القانونية

لقد إختلف الفقهاء في منحهم تعريف لعقد الإذعان(أولا) بين إتجاه تقيدي وآخر حديث، كما إختلفو أيضا في تكيفيهم له – الطبيعة القانونية لعقد الإذعان– (ثانيا)بين من إعتبره عقدا من إعتبره مركزا قانوني منظم.

وعليه سنحاول توضيح كل هذا من خلال هذا الفرع.

[1] عبد الرحمان حديبي، سلطة القاضي في عقد الإذعان–دراسة مقارنة–، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، المجلد14،العدد2023،2، ص95.

أولا: تعريف عقد الإذعان

لقد إختلف الفقهاء في إعطاء تعريف محدد ودقيق لعقد الإذعان نتيجة لاختلاف كل إتجاه حول خصائص هذا العقد، فنشأ لدينا إتجاهين كل واحد منهم أعطى تعريفا خاصا من وجهة نظره، حيث إنقسموا إلى قسمين أحدهم تبنى المفهوم التقليدي لعقد الإذعان والآخر تبنى المفهوم الموسع أو الحديث.

1/ التعريف التقليدي لعقد الإذعان

يعد هذا الإتجاه هو السائد في الفقه العربي الحديث؛ لإرتباطه بكبار الفقهاء الذين إنتقلت فكرة عقد الإذعان عن طريقهم من الفقه الفرنسي إلى الفقه العربي، ولبصماتهم الواضحة في إدراج فكرة الإذعان ضمن النصوص القانونية المنظمة لنظرية العقد[1].

إذ يعد عقد الإذعان، عقد ناتج عن التحولات التي حدثت في منتصف القرن 19 عشر وكذا القرن العشرين، في الوسط الاقتصادي والاجتماعي، فكان العقد كما صوره محرري التقنين المدني الفرنسي هو عقد المساومة، حيث أن هناك شخصين من نفس الوضعية القانونية ونفس القوة الاقتصادية، يعرضان بكل حرية مطالبهم المتعارضة، ويتفقون على جميع البنود، وينتهون بإبرام العقد، وهو التعبير الحقيقي لإرادتيهما المشتركة، وبهذا يكون للمتعاقدين كامل الحرية في مناقشة بنود العقد وهو المبدأ العام في العقود، الذي تسود فيه المساواة، عكس عقد الإذعان الذي تسوده اللامساواة، وقد عُرف آنذاك عقد الإذعان في إطار ضيق؛ بأنه:" العقد الذي يُسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل إحتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنه"[2].

وهناك من عرفه بأنه:" العقد الذي يُسلم فيه القابل بشروط مقررة وضعها الموجب، ولا يقبل المناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو بمرفق ضروري، يكون محل إحتكار قانوني أو فعلي"[3] .

---

[1] عبد المجيد خلف الغنري، الشروط التعسفية بين المفهوم التقليدي لعقد الإذعان والإتجاهات الحديثة لحماية المستهلك، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، الجزء1، العدد10، أكاديمية سعد العبد لله للعلوم القانونية، نوفمبر 2021، ص 175.

[2] فلة مكي، حماية الطرف الضعيف في عقد الإستهلاك، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2016، ص، 84.

[3] المرجع نفسه.

في ذات السياق توجه جانب من الفقه الجزائري بمنح تعريف آخر لعقد الإذعان حيث عُرف على أنه:" هو ذلك العقد الذي يعد فيه الموجب ذو الإحتكار القانوني أو الفعلي، شروطا محددة غير قابلة للتعديل أو المناقشة ويوجهها إلى الجمهور بصفة دائمة، قصد الإنضمام إليه و يعرض بموجبها سلعة أو خدمة معينة"[1].

وعليه، فإن خصائص عقد الإذعان وفقا لهذا الإتجاه، تتمثل في:

- ❖ يجب أن يكون أحد طرفي التعاقد في موقع إقتصادي خوله إحتكارا قانونيا أو فعليا[2] يعطيه الغلبة الاقتصادية بشكل واضح و مستمر مع من يتعاقد معه، فالإحتكار هو السبب الوحيد الذي يمنح أحد طرفي التعاقد فرض شروطه فيما لا يسمح لطرف الآخر وإن أراد أن يتراجع عن أي شرط من شروط التعاقد أو حتى من أن يتحفظ على أحدهما، فالإحتكار يعني القدرة على فرض شروط العقد مع التيقن من عدم إنصراف المتعاقد الآخر عن التعاقد، على أساس عدم إيجاد بديلا عن المتعاقد المحتكر[3]، أما إذا سادت المنافسة الحرة فلا يمكن أن يوجد عقد إذعان؛ حيث سيجد المستهلك دائما من يقدم له بنودا أفضل رغبة منه–المحتكر– في جلب أكبر عدد ممكن من العملاء[4].

---

[1] فلة مكي، حماية الطرف الضعيف في عقد الإستهلاك، المرجع السابق، ص84.

[2] يُقصد بالإحتكار الفعلي: ذلك الإحتكار الذي ينتج عن ظروف السوق و إعتبارات واقعية أو أعراف أو ممارسات معينة أو تفوق تكنولوجي فني واضح، أو قدرة مالية عالية تحوزها أو تمتلكها مؤسسة معينة تُجاه المنافسين؛ يُنظر غالية قوسم، منع الإحتكار في قانون المنافسة الجزائري، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 16، العدد4، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2021/12/31، ص، 454.

أما الإحتكار القانوني: فيقصد به هيمنة منشأة على حصة ضخمة من إنتاج أي سوق تمكنها من فرض سيطرتها بشكل فعال على مجمل إنتاج ذلك السوق، وبالتالي زيادة أرباحها بتخفيض ذلك الإنتاج؛ يُنظر جميلة مدور، مفهوم الإحتكار ومعيار تحققه–دراسة مقارنة–، مجلة الحقوق والحريات، المجلد 10، العدد1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة،2022/04/23، ص، 215.

[3] حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، ظاهرة إختلال التوازن بين الإلتزامات التعاقدية في ظل إنتشار الشروط التعسفية–دراسة مقارنة بين القانون المصري و قانون دولة الإمارات و القوانين الأوروبية مع الإشارة للقوانين الأنجلو أمريكية–، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص، 104.

[4] إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الإستهلاك، دار الجامعة الجديدة،2014، ص، 49.

- ❖ إضافة الى ضرورية السلعة والخدمة بالنسبة للمستهلكين، فمجال الإحتكار لا يتعلق إلا بسلعة أو خدمة لا يمكن الإستغناء عنها[1].
- ❖ كما يشترط أيضا عمومية الإيجاب واستمراريته، حيث أن الإيجاب في عقود الإذعان يجب أن يكون حتميا؛ أي يتحتم على الموجب أن يكون في حالة عرض لسلعته ويقدمها لكافة الجمهور؛ لأن هذا ما يعكس إحتكاره القانوني والفعلي، بالإضافة إلى وجوب إستمرار هذا الإيجاب لمدة غير محددة؛ لأن هذا ما يميز الإيجاب في عقود الإذعان عن نظيره في عقود المساومة، كما يتميز الإيجاب في هذا النوع من العقود بصدوره بشروط محددة في قوالب نموذجية مطبوعة مسبقا، تخدم مصلحة الطرف القوي إقتصاديا في الغالب[2].

وعليه، فإنه حسب هذا الإتجاه لا بد من توافر هذه الشروط لحماية المستهلك، إلا أن هذه الحماية مقصورة على الناحية الاقتصادية فقط، حيث ونظرا لتغيرات التي حدثت في المجتمع، فإن النظرة إلى عقد الإذعان قد تغيرت هي الأخرى واتخذت مسارا في إتجاه يوسع في إطاره وهو الإتجاه الحديث.

فتضيق تعريف عقد الإذعان أنتقد من جانب الكثير من الفقهاء حيث حسبهم أن القيود التي وضعها كل من القضاء والفقه منذ نشأة عقود الإذعان لا تتماشى ونصوص القانون المدني المنظمة لهذه العقود، الأمر الذي ترتب عنه قصور في حماية الطرف المذعن[3]، فكان ولا بد كما ذكرنا البحث عن إتجاه يوسع من إطاره.

2/ التعريف الحديث لعقد الإذعان

تبنى الإتجاه الحديث تعريفا واسعا لعقد الإذعان، فعرفه جانب من الفقه الفرنسي أنه:" إنضمام أحد الطرفين لعقد محرر سلفا من جانب واحد، بحيث يتضمن تفصيلا لكل شروط التعاقد بدون إمكانية تعديل العقد"، كما عرفه جانب آخر من الفقه على أنه" العقد الذي حدد مضمونه كليا أو جزئيا وبصفة عامة ومجردة في المرحلة السابقة على التعاقد"[4].

---

[1] حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص، ص،104-105.

[2] إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص، ص، 52-53.

[3] المرجع نفسه.

[4] فلة مكي، حماية الطرف الضعيف في عقد الإستهلاك، المرجع السابق، ص، 88.

وعليه يمكن أن نستنتج من التعريفين أن عقد الإذعان هو عقد يتميز بالإنفراد الموجب فيه بتحرير بنود العقد، دون السماح للطرف الآخر بمناقشتها أو تعديليها.

إن الفرق بين المفهوم التقليدي والمفهوم الحديث لعقد الإذعان يكمن في أن المفهوم التقليدي تبنى إلى جانب شرط عدم إمكانية المساومة، شرطي الإحتكار وضرورية السلعة أو الخدمة لإعتبار التصرف عقد إذعان، في حين لم يأخذ المفهوم الحديث لعقد الإذعان شرطي الإحتكار وضرورية السلعة أو الخدمة، بل إعتمد على شرطين فقط؛ وهو إنفراد أحد الطرفين بوضع شروط العقد وفرضها على المتعاقدين معه، دون تمكينهم من تعديليها[1]، ولعل هذا الرأي هو الأقرب للقبول، لما يحققه من حماية للطرف الضعيف في العقد من خلال توسيعه لفكرة الإذعان، وأيضا لأن فكرة الإحتكار المعتمدة في الإتجاه التقليدي في حد ذاتها نسبية؛ تختلف من شخص إلى آخر إذ قد يكون إحتياج أحد الأشخاص للسلعة أو الخدمة محل العقد أكثر من غيره وهذا ما يدفعه إلى قبول شروط العقد كما وضعها مُقدم الخدمة أو السلعة، فهنا يعد هذا العقد بالنسبة له عقد إذعان. في حين أنه ربما لا يعتبر كذلك بالنسبة لشخص آخر، ظروفه مغايرة لظروف المتعاقد الأول، بل إن هذا الرأي يتوافق مع نصوص القانون التي لم تستلزم وجود إحتكار للقول بتوافر صفة الإذعان وإنما إكتفت بأن يرتضي أحد الأطراف ويسلم بمضمون العقد، فهي لم تلمح إلى مسألة الإحتكار[2].

وعلى ضوء ما تقدم، يطرح إشكال، حول ما إذا كانت لدى المشرع الجزائري نفس الرؤية أم لا؟

لقد تناول المشرع الجزائري في القواعد العامة؛ عقد الإذعان، إلا أنه لم يمنحه تعريفا خاصا، وإنما نص على كيفية القبول فيه وذلك من خلال المادة 70 من القانون المدني الجزائري، حيث جاء فيها:" يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها"، ما يعني أن المشرع هو الآخر لم ينص على أي إحتكار للسلعة أو الخدمة أو ضروريتها، بل مجرد إملاء شروط على متعاقد وعدم إمكانية مناقشتها نكون أمام عقد إذعان، وبالتالي حتى ولو إنعدم شرطي الإحتكار والضرورة، فيعتبر العقد عقد إذعان، أما عن التشريعات الخاصة فقد عرفت عقد الإذعان في المادة4/3 من القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على

[1] فلة مكي، حماية الطرف الضعيف في عقد الإستهلاك، المرجع السابق، ص، 88.

[2] محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق، المجلد22، العدد2، 1998، ص، 752.

الممارسات التجارية، وكذا المادة ½ من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية على أنه:" كل إتفاق أو إتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير، إحداث تغيير حقيقي فيه"، فمن خلال هذه المادة يظهر أن المشرع ذهب في تعريفه لعقد الإذعان إنطلاقا من شرطين وهما:

- تحرير مضمون العقد بصفة أحادية من طرف الموجب.
- عدم إمكانية تعديل العقد من الموجب له.[1]

وعليه يكون المشرع قد أخذ بالإتجاه الموسع في تعريف عقد الإذعان.

ثانيا: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان

كانت الطريقة التي يتم إتفاق الإرادتين فيها في عقد الإذعان، سببا في اختلاف الفقهاء حول طبيعة هذا العقد، فذهب الرأي الأول إلى انكار الصفة التعاقدية لعقد الإذعان– النظرية غير التعاقدية–، فيما إستقر الرأي الثاني إلى أن تصرفات الإذعان تعتبر عقدا بالمفهوم القانوني، ومن ثم تخضع لما يخضع له من أحكام–نظرية العقد–.

1/النظرية غير التعاقدية أو اللائحية

يرى أصحاب هذا الإتجاه أن عقود الإذعان ليست عقودا حقيقة، وينكرون صفة العقد على عقد الإذعان؛ فيرون فيه مركزا قانونيا منظما تنشئه إرادة منفردة يصدرها الموجب فتكون بمثابة قانون أو لائحة تسيطر على تفسير العملية وتطبيقها، وقد ترأس الأستاذ سالي وتابعه–فقهاء القانون العام– مثل ديجي وهوريوا هذا الإتجاه، أين أنكروا على مثل هذه العقود صيغتها التعاقدية؛ وحجتهم في ذلك أن هذا العقد لا تتوافر فيه الإرادة التعاقدية وهي الإرادة المشتركة، ولا توجد فيه المساواة التي تفرضها فكرة العقد، و النقاش فيه معدوم، وقبول المذعن فيه لا يكون عن حرية وبينة، كما أن فكرة العقد لا تكفي لتفسير أغلبية آثاره القانونية، فضلا على أن الإعتراف للقوة الخاصة التي تقوم

[1] فلة مكي، حماية الطرف الضعيف في عقد الإستهلاك، المرجع السابق، ص، ص، 91–92.

بدور الموجب في عقد الإذعان بالسلطة اللائحية له ما يبرره؛ لأن تصرفها بحرية وبلا تردد من شأنه مساعدتها في تقديم خدمات جليلة للإقتصاد الوطني[1].

وحجة هؤلاء في إنكار صفة العقد على مثل هذه العقود هي إنعدام الإرادة الحرة المبصرة فيها، وهذا أمر ضروري لا غنى عنه في كل عقد حقيقي[2].

وطبيعة عقد الإذعان عند سالي، والذي كرس جهده في العمل على توضيح فكرة التعبير عن الإرادة المنفردة في كتابه" التعبير عن الإرادة"، ذهب إلى أن عقد الإذعان يُبرز الإعتراف بالقوة الملزمة التي من الممكن أن تنتج عن التعبير بالإرادة المنفردة، وقد كتب سالي بأن" عقد الإذعان" المزعوم ليس له من العقد سوى الإسم؛ لأنه في الواقع تغليب محض لإرادة واحدة تملي قانونها على مجموعة غير محددة، وتلزم مسبقا انضمام كل من يرغب في قبول قانون العقد، حيث حسبه فإن القيمة القانونية لعقد الإذعان، لا تجد مصدرها في التوافق الإرادي، ولكن في الإرادة المنفردة لمحرر العقد ومُنشئه، وانضمام الطرف الآخر لا يأتي كعنصر مُنشئ وضروري للتصرف؛ فهو لا يتعلق بتكوينه، ولا يتعدى كونه مكملا لشرط موضوع للتنفيذ من المُنشئ ذاته، فمصدر العلاقة القانونية تجد نفسها في الإرادة المنفردة لمُحرر العقد؛ إذ إن هذا الأخير هو الذي خلق قانونها، وهو مولد الرابطة القانونية التي تجمع المذعن، وذلك تحت شرط إذعان الأطراف الأخرى[3].

أما ليون ديجي وهو من فقهاء القانون العام، فقد أخذ برأي مشابه لسالي، فيعتبر عقد الإذعان شكل من أشكال التصرف بالإرادة المنفردة في حد ذاتها مثلما قال سالي، ولكنه يأتي بفكرة أساسية سواء في القانون العام أو الخاص على أساس أن الإرادة لا تخلق القانون، وإنما الذي يخلق القانون هي المنفعة العامة التي يطلق عليها" الضرورات الاجتماعية"، فبقدر مطابقة الإرادة للضرورات الاجتماعية يمكن أن تستسقي قيمتها القانونية، وقد إتبع الفقيه هوريو رأي الفقيهين السابقين، فعقد الإذعان عنده ليس سوى مركز قانوني يتميز بإستقلال مُقدم السلعة أو الخدمة في وضع أحكامها، حيث يقتصر دور المشتري على سريان هذه الأحكام عليه؛ إذ إن العقد توافق

[1] علي مصبح صالح الحيصة، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، رسالة ماجيستر مقدمة استكمالا للحصول على درجة ماجيستر في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط،2011، ص29.

[2] الحكيم عبد المجيد، الكافي في شرح القانون المدني العراقي والقانون المدني اليمني في الإلتزامات والحقوق الشخصية، مصادر الإلتزام، الجزء الأول، الشركة الجديدة للطباعة، عمان، 1993، ص 187.

[3] محفوظ لعشب بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب3، الجزائر، 1990، ص، ص، 43 -44.

إرادتين عن حرية وإختيار، أما هنا فالقبول مجرد إذعان وخضوع،" فعقد الإذعان" أقرب إلى أن يكون نظاما أخذت شركات الإحتكار الناس بإتباعه ولذا يجب أن يفسر كما يفسر القانون، وتراعى في تطبيقه مقتضيات العدالة وحسن النية، وينظر فيه إلى ما تستلزمه الروابط الاقتصادية التي وضع لتنظيمها[1].

2/النظرية التعاقدية

يرى أصحاب هذه النظرية أن عقد الإذعان عقد حقيقي، يتم بتوافق إرادتين تسيطر عليه الإرادة المشتركة؛ سواء كانت أثناء نشأته أو في تحديد آثاره، فمن الخطأ التقريب بين العمل الإنفرادي الذي يتولد عنه إلتزام منفرد يقع على عاتق من إلتزم به، قبل أن تظهر إرادة من يعلن عن رغبته في الإستفادة منه، وعقد الإذعان الذي لا يمكن أن يكون هناك محل إلتزام، لا على عاتق الموجب، ولا على عاتق المذعن قبل القبول وهذا هو السبب في أن عقد الإذعان عقد حقيقي[2]، حيث يقول الدكتور سليمان مرقس:" وقد ثار الشك أول الأمر حول إعتبار الإذعان قبولا ينعقد به عقد حقيقي أو إعتبار العلاقة بين المحتكر والمذعنين، علاقة لائحية ينظمها القانون إن كان الإحتكار قانونيا؛ والراجح الآن في الفقه المدني أن الضغط الذي يكون الطرف المذعن واقعا تحته لا يبلغ حد الإكراه الذي يُعدم الرضا، ولا حتى يفسده، وبالتالي فإن القبول بطريق الإذعان قبول صحيح ينعقد بإقترانه بالإيجاب عقد حقيقي"، ويقول أيضا الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي:" أنه إذا كانت إرادة الطرف المذعن تجيئ تحت تأثير الضغط الاقتصادي، فإن ذلك لا يمس ذات وجودها ولا يعتبر حتى سببا من شأنه أن يفسدها"، أيضا يقول الدكتور عبد المنعم البدراوي عند حديثه عن الطبيعة القانونية لعقد الإذعان:" لكن لوحظ على هذا الرأي-يقصد منكري عقدية الإذعان- أن عقد الإذعان كسائر العقود ينعقد بموجب إرادتين لا بإرادة واحدة، و أن كل تصرف قانوني يتم بإرادتين هو عقد ولو لم يكن طرفاه متساوين في القوة من الناحية الاقتصادية و ليس عقد الإذعان وحده هو الذي توجد فيه هذه الظاهرة فهي موجودة في العقود التي يعقدها ناقص

[1] محفوظ لعشب بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص، ص،45 – 46.

[2] حفصة ممشاوي، عقد التأمين بين الإرادة والتنظيم القانوني، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، تخصص قانون المنافسة والاستهلاك، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2022، ص، 274.

الأهلية تلك التي يقبلها أحد طرفيها على ما فيها من غبن أو التي يكون فيها السعر محددا"[1]، فالمساواة القانونية هي المطلوبة في العقد وليست المساواة الاقتصادية.

فهذه النظرية لا تفترض إستبعاد عقود الإنضمام عن القواعد العامة التي تحكم كل العقود، لأنها تتولد من إرادتين، إرادة الموجب وإرادة المنظم؛ وهذا الإنضمام يعد نوعا خاصا من القبول، كما أن آثاره القانونية محددة أيضا بإرادة الطرفين اللذين كوناه؛ ولعل من أهم الإعتبارات التي تدافع عن هذه النظرية، هي:

- ❖ أنه من الخطأ القول بفكرة أن العقد يقتضي أن تكون شروطه نتاج مفاوضات حرة ومتساوية بالنسبة إلى الطرفين؛ لأن مفهوم العقد يفترض الاتفاق أي رضا مزدوج، دون أن يشترط أن تكون البنود قد نوقشت قبل " الإذعان".
- ❖ لا يشترط قانونا لإتفاق الإرادتين إتفاقا صحيحا، أن يكون مضمون العقد محل نقاش سابق، وكل ما يرد على حرية التعاقد في عقد الإذعان لا يتعدى أن يكون نوعا من الضغط الاقتصادي، الذي لا يؤثر على صحة التراضي، فجميع العقود مقيدة بدرجة أو بأخرى، بضرورات النظام الاقتصادي والسلطة اللائحية التي يراد إعطاؤها للموجب وهي سلطة خطرة؛ لأنها تضر بصالح الطرف المذعن[2].

فمهما قيل أن أحد المتعاقدين ضعيف أمام الأخر، فهذا لا آثر له في طبيعة العقد، ولا يجوز للقضاء التدخل لحماية الطرف الضعيف، ما دام لم يُستغل، كما لا يتمكن القاضي من تفسير العقد كما يشاء، وإنما يعتني بتقوية الطرف الضعيف حتى لا يستغله الطرف القوي، وذلك إما بالوسيلة الاقتصادية من خلال اجتماع المستهلكين ومقاومة تعسف المُحتكر، أو بالوسيلة التشريعية، وذلك بتدخل المشرع لوضع حدود لعقود الإذعان من أجل حماية الطرف الضعيف[3] فالقول بأن المحتكر هو الطرف الغالب في العقد، قولٌ مبالغ فيه كثيرا، لا سيما وأنه هو الأخر خاضع للظروف الاقتصادية المحيطة به، وهي التي أملت شروط التعاقد، فهو ملزم بأن يراعيها أثناء تحديد شروط التعاقد، بل أكثر من ذلك قد يكون المحتكر أحيانا في موقف أضعف من موقف

[1] محفوظ لعشب بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص، 36.

[2] المرجع نفسه، ص، ص،37-38.

[3] يمينة بليمان، عقود الإذعان وحماية المستهلك، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد30، العدد2، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، ديسمبر 2019، ص 109.

المستهلكين، متى وقف ضد هؤلاء واجتمعت كلمتهم على محاربته، وعلى هذا الأساس ذهب أنصار هذا الفريق إلى أن عقد الإذعان عقد حقيقي، يخضع لنفس القواعد التي تخضع لها العقود الأخرى، كما أن الصفتين اللتين أعطيتا لطرفي العقد(طرف قوي و طرف ضعيف)، لا يؤثران في طبيعة العقد، وأنه مادام الطرف الضعيف لم يُستغل، فلا مجال لتدخل القضاء لحمايته؛ ذلك أن ما يبرر تدخل القضاء هو إستغلال الضعف، لا الضعف في حد ذاته، وأن الحل الأنجح لذلك ليس بإنكار الصفة التعاقدية لعقود الإذعان، ولا بتفسير القاضي لبنود العقد كما يحلوا له بدعوى حمايته لطرف الضعيف، بل كما بينا سلفا بتقوية الطرف الضعيف في العقد وعدم تعريضه للإستغلال[1].

الفرع الثاني: التراضي في عقود الإذعان

يعتبر التراضي الركن الأساسي في كافة العقود، وهو ما يُعبر عنه في العقد بتوافق إرادتين وتطابقهما من أجل إحداث أثر قانوني؛ بمعنى تطابق كل من الإيجاب والقبول، إلا أن هذا الأخير يتميز ببعض الأحكام الخاصة في عقد الإذعان، وذلك بسبب تراجع إرادة أحد المتعاقدين تراجعا كبيرا نتيجة عدم التوازن الاقتصادي بين مركزي طرفي العقد، ذلك أن أحد طرفي العقد يكون في مركز قوي يُخوله إحتكار سلعة أو خدمة ضرورية، أما الطرف الأخر فيكون في مركز الضعيف، نظرا لإحتياجه للسلعة أو الخدمة المقدمة من قبل نظيره في العقد.

وعلى ضوء ما تقدم، سنحاول تبيان كيف يكون الإيجاب في عقد الإذعان (أولا)، ثم تبيان كيفية حصول القبول فيه(ثانيا).

أولا: الإيجاب في عقود الإذعان

يُقصد بالإيجاب، التعبير البات للإرادة، يكون موجها إلى الطرف الأخر معينا كان أم غير معين، بهدف إنشاء عقد بين الطرفين[2] حيث يتم الاتفاق فيه على العناصر الجوهرية، ويتميز الإيجاب في عقد الإذعان بأنه إيجاب يصدر في صورة قاطعة يشمل كل البنود الجوهرية و التفصيلية، حيث لا يقبل الموجب المناقشة فيها، ومن ثمة فإن تمام العقد لا يحتاج إلى أكثر من

[1] جيلالي بن عيسى، بن قردي أمين، عقود الإذعان بين إختلال الإلتزامات التعاقدية والحماية القانونية للمذعن، مجلة الأكاديمية للبحوث في العلوم الاجتماعية، المجلد 1، العدد1، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، ديسمبر 2019، ص، ص، 5-6.

[2] منذر الفضل ،الوسيط في شرح القانون المدني-دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين العربية والأجنبية معززة بآراء الفقه وأحكام القضاء-، الطبعة الأولى، دار ئاراس للطباعة والنشر، العراق، 2006، ص، 90.

مجرد قبول يكون بمثابة تسليم واذعان لما صدر من الموجب، إلا أن هذا لا يمنع في بعض الصور من أن يكون العرض الصادر من الطرف القوي في العقد مجرد دعوة لا ترقى إلى مستوى الإيجاب، وذلك حينما تكون شخصية الطرف المذعن محل إعتبار في العقد[1].

فالإيجاب في عقد الإذعان هو العرض ويُقصد به ذلك الذي يضعه أحد الأطراف ليشكل به نظاما في العلاقة القانونية المحتملة، ويكون غير قابل للمناقشة، فهو بند محرر بإرادة منفردة من جانب واحد وهو الطرف الموجب، بحيث يكون غير قابل للمناقشة، بحيث يكون في البند ما يحمي مصلحة واضعه؛ ومثال ذلك: تلك العقود النموذجية المعدة من قبل جمعيات مهنية، فنجد أن الشكلية المستعملة فيها تحمي مصالح عمال تلك المهنة، إلا أنه لا يمنع في بعض الصور أن يكون الإيجاب مصحوبا بتحفظات ضمنية، مقتضاها إستعداد الموجب للتعاقد في حدود المشروع، كما هو الحال بالنسبة إلى مصلحة السكك الحديدية التي تستطيع أن ترفض المسافرين إذا كانت الأماكن قد نفدت[2].

كما يتميز الإيجاب في عقد الإذعان، بالعمومية إذ يكون موجها إلى جمهور المستهلكين، وليس إلى مجموعة معينة أو فرد محدد بشخصه، والايجاب في هاته العقود يضم بنود موحدة، وهو مستمر لمدة تطول بكثير من باقي العقود العادية[3]، فلا يمكن القول إن هذا الإيجاب يكون ملزما فقط خلال المدة الكافية للإجابة ليه، وطول مدة الإيجاب آت من طبيعة الإيجاب وظروفه، وهو أظهر ما يكون في الإيجاب من محتكر قانوني؛ إذ إن هذا يحدد أسعار الأخير وشروطه على أساس تعريفة تخضع لموافقة السلطة العامة[4].

ثانيا: القبول في عقود الإذعان

يعتبر القبول في عقد الإذعان وفقا لمفهومه القانوني؛ خضوعا وتسليما للشروط السابقة التي إستقل الموجب بوضعها، وهذا ما نصت عليه المادة 70 من القانون المدني الجزائري بقولها"

---

[1] عامر رحمون، عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري–دراسة مقارنة–، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجيستر في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1، 2013، ص، 22.

[2] محفوظ لعشب بن حامد، عقد الإذعان في القانون الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص78.

[3] يمينة بليمان، عقود الإذعان وحماية المستهلك، المرجع السابق، ص 107.

[4] عامر رحمون، عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري–دراسة مقارنة–، المرجع السابق، ص23.

يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم للشروط المقررة التي يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها"، فالقبول في هذا العقد يكون بإنضمام الطرف الثاني أي القابل مذعنا للإيجاب بشروطه دون أن يناقش تلك الشروط أو أن يعدل منها؛ لأن الإيجاب يتعلق بالسلع والخدمات الضرورية التي لا غنى عنها، والقبول دائما لا يُعبر عن رضا حقيقي؛ لأن القابل لا يملك شيئا إتجاه تلك الشروط[1].

وعليه فالعرض في عقود الإذعان، لا يُفرض على من وُجه إليه، مما يجعل هذا الأخير حرا في قبوله أو رفضه[2]، إلا أن هذا التعبير يصلح من الناحية النظرية فقط، أما من الناحية العملية فلا يمكنه الرفض لأنه يحتاج لتلك السلعة أو الخدمة المُقدمة من طرف المحتكر، فهذا التنظيم الإنفرادي لبنود العقد يكون شاملا لكل الذين يتعاملون في السلعة أو الخدمة، فالعامل يتعاقد مع صاحب المصنع دون أن يعلم شيئا عن التنظيم الداخلي للمصنع، وحتى لو علم فإن ذلك لن يُغير من موقفه شيئا؛ إذ لا يستطيع تعديل اللائحة، وفي ذات الوقت هو مضطر إلى التعاقد[3].

فإذا كانت حرية التعاقد و مبدأ سلطان الإرادة بصفة عامة، يظهران بشكل كبير في الصورة العادية للتعاقد، مما يوفر قدرا كبيرا من الحرية لأي متعاقد في التفاوض بشأن العقد المراد إبرامه، فإن هذه الحرية تنقص بشكل كبير في هذا النوع من التعاقد، حيث تشكل هذه العقود إعتداء على القبول ، وتمثل إنتقاصا من حرية المتعاقد فيما يخص العقد المراد إبرامه[4].

المطلب الثاني: الوسائل القانونية المتاحة للقاضي لمواجهة الشروط التعسفية

من المقرر في القواعد العامة فإن دور القاضي يقتصر بالنسبة إلى العقود على مجرد تفسيرها بغية إعمال حكم القانون عليها .

---

[1] عامر رحمون، عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري–دراسة مقارنة–، المرجع السابق، ص25.

[2] جيلالي بن عيسى، مبدأ الأثر النسبي للعقد والاستثناء الوارد عليه في القانون المدني الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الأساسي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، 2018، ص، 213.

[3] عامر رحمون، المرجع السابق، ص25.

[4] كريمة بركات، الحماية القانونية للمستهلك في عقود الإذعان، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد2، 2011/12، ص، ص، 276 – 277.

إلا أنه وخروجا على هذه القاعدة، وبحجة توفير الحماية للطرف المذعن في عقود الإذعان ، إعترف القانون بسلطة إستثنائية للقاضي بموجب المادة 110 من القانون المدني الجزائري، تتيح له تجاوز الدور السابق إلى تعديل الشروط الواردة في العقد ، أو إلغاؤها إذا تبين له أنها تعسفية؛ بغية إعادة التوازن بين المتعاقدين، كما أتاح له أيضا مُكنة تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن وهذا كله من أجل حمايته كطرف ضعيف في العقد، حيث نصت المادة السابقة الذكر على أنه : إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية ، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"[1].

وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين في (الفرع الأول) سنتطرق إلى سلطة القاضي في مواجهة الشروط التعسفية وفي (الفرع الثاني) إلى موقف الفقه من هذه السلطة .

الفرع الأول: سلطة القاضي في مواجهة الشروط التعسفية

سنحاول من خلال هذه النقطة تبيان كيفية تعديل الشرط التعسفي، وكذا إلغاءه من طرف القاضي.

أولا: سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان

للقاضي الحق في تعديل الشرط التعسفي وكذا إلغاءه وهذا ما سنبينه من خلال هذه الجزئية.

1/ تعديل الشرط التعسفي:

يُقصد بسلطة تعديل العقد، الإبقاء على الشرط مع رفع أوجه التعسف عنه إلى الحد الذي يُعيد للعلاقة التعاقدية توازنها، كما يُقصد بها الصلاحية التي أعطاها المشرع للقضاء والتي تتمثل في عمل إيجابي يُجريه القاضي في بنود العقد من أجل تحقيق العدالة العقدية بين المتعاقدين[2].

لقد تم الإعتراف للقاضي بسلطة تعديل العقد، بموجب المادة 110 من القانون المدني الجزائري حيث نصت على ما يلي:" إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية،

[1] محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر ،2007، ص 58.

[2] رجاء عيساوي، سلطة القاضي في إحداث التوازن العقدي، المرجع السابق، ص164.

جاز للقاضي أن يُعدل هذه الشروط أو أن يُعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقتضي العدالة، ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك"[1]، هذا الإعتراف الذي أدى بخروج القاضي عن مهمته العادية والتي تقتصر على التفسير، مما يجعل هذا الأمر في حد ذاته يُعد قيدا من القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة[2]، فإذا كان ترخيص المشرع للقاضي بتعديل العقد، يُشكل خرقا لسلطان الإرادة في الوقت الذي يجب أن يقف فيه القاضي موقف الحياد في العقد، إلا أن التعديل هنا لا ينصب إلا على عقد صحيح، لكنه غير عادل بمعنى يمس العقد إما عند إنعقاده أو عند تنفيذه، فيُحدث فيه تغيرا نظرا لتغير الظروف، كل هذا –تدخل القاضي–من أجل تجسيد قواعد العدالة[3]، فعدم العدالة اللاحقة للتعاقد لا تقل شأنا عن عدم العدالة المُتحققة وقت إبرام العقد[4].

وتجب الإشارة إلى أن سلطة تعديل الشرط التعسفي أو إعفاء الطرف المذعن منها، المُعترف بها قانونا للقاضي لا يجوز أن يتصدى لها من تلقاء نفسه، وإنما لا يمكنه إعمال سلطته إلا بناء على طلب من الطرف الضعيف، وفقا لمبدأ " حياد القاضي المدني"[5].

وتتعدد أوجه صور تدخل القاضي لرفع التعسف؛ ومنها ما يلي:

- قد تكون البنود محل التعديل لها علاقة بالمقابل الذي يفرض على الطرف الضعيف، نظير الخدمة التي سيؤديها في عقد العمل، أو الثمن في إطار عقد البيع، مما يجعله شرطا جوهريا في العقد يصعب الإعفاء منه، دون المساس بالعملية التعاقدية، فتكون وسيلة التعديل هي الأنسب لرفع الضرر عن المتعاقد[6]، فعلى سبيل المثال؛ إذا أدرج في عقد العمل بند يفرض غرامات مالية باهضة على

---

[1] القانون رقم 07–05 المؤرخ في 13 ماي لسنة 2007، الصادر بموجب الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395، الموافق ل26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.

[2] عبد الرحمان حديبي، سلطة القاضي في عقد الإذعان، المرجع السابق، ص، 99.

[3] صديق شياط، أثر مصلحة المجتمع في الحد من مبدأ سلطان الإرادة في مجال التعاقد، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، تخصص القانون المدني، كلية الحقوق سعيد حمدين، جامعة الجزائر1، 2018،ص 369.

[4] علي مصبح صالح الحيصة، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، المرجع السابق، ص 50.

[5] أمال بوهنتالة، سلوى قداش ، سلطة القاضي المدني في إعادة التوازن العقدي لعقود الإستهلاك، مجلة الإجتهاد القضائي، العدد14، جامعة الحاج لخضر، باتنة1، أفريل 2017، ص 257.

[6] محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة1، 2012، ص 164.

العمال كجزاء عن أخطاء بسيطة، كان للقاضي أن يُعدل هذا الشرط التعسفي، و يُخفض الغرامة إلى حدها المعقول.

- وقد تكون هذه البنود متعلقة بوسائل التنفيذ أو مدته، فيكون التعديل، إما بالزيادة أو النقصان من أجل رفع التعسف وتحقيق التوازن بين الأداءات[1]، مثاله: إدراج شركة الكهرباء بند يسمح لها بأن تقطع الكهرباء في اليوم التالي من استحقاق الفاتورة في حال عدم تسديدها، فهنا القاضي يتدخل بتمديد آجال دفع الفاتورة إلى أسبوع بعد إشعار المستهلك بالدفع؛ بمعنى آخر الإبقاء على حق الشركة في قطع الكهرباء لكن ليس بعد يوم واحد فقط من تسليم الفاتورة لأن هذا فيه إجحاف في حق المستهلك، وإنما تمديد الآجال إلى أسبوع بعد تسليم الفاتورة على الأقل.
- كما قد يتخذ البند التعسفي صورة شرط جزائي؛ فيتدخل القاضي في هذه الحالة لتعديله من خلال تخفيضه لأجل إعادة التوازن العقدي؛ في حالتين إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا ومُبالغا فيه إلى درجة كبيرة، أو إذا نفذ المدين جزء من الإلتزام الأصلي وهذا ما نصت عليه المادة 184 من القانون المدني الجزائري أو لزيادته إذا جاز الضرر قيمة التعويض المُقدر، وأثبت الدائن أن المدين قد إرتكب غشا أو خطأ جسيم[2].

ولقد ذهب جانب من الفقه والقضاء إلى القول بضرورة التمييز بين البند التعسفي و التعسف في إستعمال البند في حد ذاته، والذي قد لا يتسم بطابع التعسف، بمعنى التعسف قد يكون في الشرط وقد يكون في طريقة إستعمال الحق في حد ذاته؛ ومن بين الحالات العملية التي قدر فيها القضاء الفرنسي أن الشرط غير تعسفي وإنما إستعماله هو الذي تم بطريقة تعسفية، الدعوى التي رفعتها فيديرالية الأطباء المُقيمين لدولة كيبيك، ضد إدارة جامعة مونتيريالي، حيث إعتبرت المحكمة أنه رغم وجود شرط ضمني يسمح لإدارة الجامعة بالزيادة في نسبة مصاريف الدراسة نظرا لتغيرات الاقتصادية، إلا أن، الزيادة التي

[1] محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 165.

[2] محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن–دراسة مقارنة– مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، 2006، ص 266.

بلغت 250 بالمئة تعتبر تعسفية، بالإضافة إلى أن تطبيقها إقتصر[1] على مجموعة من الأطباء المُقيمين دون غيرهم، الأمر الذي دفع القاضي بتعديل قيمة الزيادة وتخفيضها إلى 1.9 بالمئة.

2/ إلغاء الشرط التعسفي:

تعد رقابة الإلغاء أشد جرأة من رقابة التعديل، وسلاح بالغ الخطورة في يد القضاء، حيث بموجبه يمكن للقاضي إذا ما وصف الشرط بأنه تعسفي أن يعطله، فيعفى الطرف المذعن منه، مخالفا بهذه الوسيلة نص المادة 106 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن العقد شريعة المتعاقدين[2]، بمعنى إذا رأى القاضي بأن الوسيلة الأولى–تعديل الشرط– لا تكفي بالغرض، جاز له أن يعفي المذعن من الشرط كلية، كما لو كان ذلك البند متمثلا في شرط من شروط الإعفاء من المسؤولية؛ مثلا: إذا تضمن عقد الكهرباء شرطا بقطع التيار على المستهلك نهائيا بالرغم من إلتزامه بدفع الفاتورات دوريا، فإن للقاضي التدخل في هذه الحالة وإلغاء البند المجحف نهائيا[3].

وعليه فالقاضي يلجأ إلى إستخدام سلطته في الإعفاء، حينما يقدر أن تعديل البند بالتخفيف من الإلتزام المقابل لا يُجدي نفعا لتخلص من المظهر التعسفي للبند، ولن يُحقق القاضي العدل إلا بإعفاء الطرف المذعن منه[4].

فالقاضي وظيفته تكمن في العمل على إنجاح هذا الجزاء، وسعيه لتحقيق مقصد المشرع و أهدافه، والتي تكمن في إقرار التوازن العقدي بين الطرفين واعتماد مقاربة إقتصادية للعقد وضمان مبدأ التناسب في الجزاء[5].

---

[1] Natalie croteau. Le control des clauses abusives dans les contrats d'adhésion et la notion de bonne foi. Université de sherloot.1995-1696.p:426.

[2] محمد أمين سي طيب، الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك، المرجع السابق، ص 42.

[3] الشريف بحماوي، سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية–دراسة مقارنة–، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد2، المركز الجامعي تامنغست، جوان 2014، ص109.

[4] فايزة طبيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين و التنفيذ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث في الحقوق، تخصص القانون الخاص الأساسي، جامعة عبد الحميد بن باديس، 2019، ص، ص، 223 -224.

[5] سعدي محمد أمين، المعالم الجديدة لنظرية العقد في التشريعات الوضعية مقارنة بالفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 299.

ثانيا: سلطة القاضي في تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن

سنتطرق في هذه الجزئية إلى كل من المقصود بالشك، وكيفية تفسيره لصالح الطرف المذعن، وكذا مبررات تقرير هذه القاعدة.

1/ المقصود بالشك:

تقوم حالة الشك كلما تعذر على القاضي الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين، بحكم قد ترجع حالة الشك إلى تعدد دلالات العبارات الغامضة، فيصعب على القاضي ترجيح إحداهما الأمر الذي يصعب عليه إختيار المعنى الذي تحمله العبارة[1].

وينبغي أن تكون نية المتعاقدين غامضة فيصعب على القاضي إستنتاجها، لأنه لو توصل القاضي إلى إكتشاف النية المشتركة لوجب عليه أن يفسر العقد بمقتضى هذه النية، ولو كان التفسير في غير مصلحة المدين، إلا أنه إذا وجد نفسه في نطاق تطبيق قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين، فسره لمصلحته في العقد الملزم لجانب واحد، ولمصلحة أي من المتعاقدين يكون مدينا في العقد الملزم لجانبين[2].

2/ تأويل الشك لمصلحة الطرف المذعن:

إذا كان الأصل أن تفسير الشك يكون لمصلحة المدين مثلما بينا، إلا أن المشرع الجزائري أورد إستثناء على هذه القاعدة، في عقود الإذعان نظرا لخصوصية هذه الأخيرة، فنصت المادة 112 الفقرة2 من القانون المدني الجزائري على أنه" لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن"[3]، حيث يقتضي إعمال هذا الإستثناء المتعلق بحماية الطرف المذعن، إذا كان البند الوارد في العقد يحتمل معنيين؛ إذ من باب العدالة قيام القاضي بأخذ أصلحهما للمستهلك المذعن حتى ولو كان دائنا في الشرط المراد تفسيره؛ فقاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن تعد من مسائل القانون، ذلك أنه إذا فُسر البند بما يضر مصلحة الطرف

---

[1] علي فيلالي، الإلتزامات– النظرية العامة للعقد–، الطبعة3، موفم للنشر،2013، ص، 416.

[2] بشير دالي، مبدأ تأويل العقد، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر لقايد، تلمسان، 2008، ص 38.

[3] رشيد زياني، شنيني بوريش صورية، تدخل القاضي في تفسير العقد كآلية لحماية الطرف الضعيف، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد7، العدد1، مخبر قانون التشريعات الاقتصادية، جامعة مصطفى إسطنبولي، معسكر، 5 ماي 2023، ص 316.

المذعن فإن حكم القاضي يكون مخالفا للقانون وعليه يخضع لرقابة المحكمة العليا؛ على خلاف سلطته في التفسير التي لا يجوز التعقيب عليها أمام المحكمة العليا كونها من قبيل مسائل الواقع[1].

حيث تعبر هذه القاعدة التفسيرية هي الأخرى على مظهرا من مظاهر الحصانة القانونية لفائدة الطرف الضعيف في العقد، ففي عقود الإذعان يلاحظ التفاوت في المراكز الاقتصادية و القانونية لأطراف العقد، إذ يوجد طرف قوي يحتكر بنود العقد وعادة ما يطبعها في قوالب نموذجية ، في إنتظار القبول وإذعان الطرف الضعيف لها دون مناقشتها، هذه الوضعية قد ينجم عنها نشوء نزاع بين المتعاقدين في تنفيذ شروط العقد، مما يدفع القاضي بالتدخل وإعمال سلطته في تفسير البنود محل النزاع لفك المشكل، وكذا الحفاظ على العلاقة التعاقدية، وحماية الطرف الضعيف.

فيقوم القاضي بتفسير شروط عقد الإذعان، فإذا ما إتضح له أنها واضحة، ألزم كلا المتعاقدين بتطبيقها، ولو كانت في غير مصلحة الطرف المذعن، أما إذا إلتمس فيها الغموض أو الإبهام، فسرها بما يتماشى ومصلحة الطرف الضعيف[2]، مهما كان مركزه في المنازعة–دائنا أو مدين–.

وأبرز صور الإذعان هو عقد التأمين، حيث تقوم شركات التأمين بوضع نماذج من بعض شروط التأمين في مطبوعات نموذجية معدة مسبقا، فيقوم الطرف المؤمن له بقبول البنود والتوقيع عليها دون إمكانية مناقشتها، خاصة إذا تعلق الأمر بعقود التأمين الإلزامية، وما يزيد الأمر تعقيدا وخطورة هو حالة الجهل التي تدفع المتعاقدين– المؤمن لهم– من عدم التدقيق في عقود التأمين، الأمر الذي يعزز إستغلال شركات التأمين لمتعامليها[3]، حيث تتفق "قاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن" في عقود التأمين مع أهم مبدأ يحكمه وهو مبدأ" حسن النية" والذي يوجب على المؤمن بإعتباره الواضع لشروط الاتفاق، إختيار أوضح العبارات وأسهلها حتى لا يجد المؤمن له صعوبة في فهم حقوقه و إلتزاماته، ومن ثمة متى أخل المؤمن بهذا المبدأ عند وضعه لشروط العقد

[1] رجاء عيساوي، سلطة القاضي في إحداث التوازن العقدي، المرجع السابق، ص 182.

[2] بن عمارمقني،" قاعدة تفسير الشك لمصلحة المذعن" مظهر من مظاهر الحماية القانونية للأطراف المستضعفة، العدد1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيارت، ديسمبر2014، ص 156.

[3] المرجع نفسه، ص 159.

فله أن يتحمل عيوب الغموض الوارد في البنود بأن يكون تفسيرها لصالح المؤمن له[1]، وهذا ما جسده القضاء الفرنسي حينما قضى بحق المؤمن له في عقد التأمين من أن يزن العقد ويراجع طبعه، ولعل ما يبرر هذا الحكم هو إنفراد الطرف القوي بتحرير العقد و وضع بنوده والتحكم في صياغتها بما يحقق مصلحته، كأن يأتي بشرط غامض، فيتحمل سوء نيته، وهنا تظهر العلاقة بين العبارات الغامضة والشروط التعسفية، كون العبارات الغامضة ماهي إلا وسيلة أو غطاء يتخفى وراءه المؤمن لإدراج بنود تعسفية[2].

3/أساس تقرير قاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن:

إن نص المشرع من خلال المادة 2/112 من القانون المدني الجزائري، على تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن، يرجع لعدة إعتبارات وهي:

1. غالبا ما **ينفرد الطرف القوي إقتصاديا بتحرير العقد**، ومن ثم يتعين على الموجب صياغة هذه البنود بطريقة واضحة؛ ذلك أن عدم إلتزامه بذلك يرتب تقصيره، كونه المتسبب في الغموض.
2. تقتضي **قواعد العدالة** حماية الطرف الضعيف، وهذا من أجل تحقيق التوازن بين المتعاقدين؛ إذ إن الطرف الضعيف في عقد الإذعان هو دائما الطرف المذعن بغض النظر عن مركزه، حتى ولو كان هو الذي أضاف البند الذي شابه الغموض، فالتفسير يكون لمصلحته؛ لأن المتعاقد المحتكر له من الوسائل التي تمكنه من صياغة الشروط بطريقة واضحة.
3. **غياب الإرادة المشتركة للأطراف في عقد الإذعان**، لكون أن الطرف المذعن لم يُصدر قبوله بعد مفاوضات، و إنما إقتصر دوره على التسليم مباشرة لبنود العقد[3].

---

[1] حفصة ممشاوي، عقد التأمين بين الإرادة والتنظيم القانوني، المرجع السابق، ص 310.

[2] إسراء خيضر مظلوم الشمري، حماية المستهلك في نطاق عقود الإذعان–دراسة مقارنة–، الطبعة1، مؤسسة دار الصادق الثقافية، العراق، 2019، ص، ص، 243–244.

[3] رشيد زياني، شنيني بوريش صورية، تدخل القاضي في تفسير العقد كآلية لحماية الطرف الضعيف، المرجع السابق، ص، 318.

الفرع2: موقف الفقه من سلطة القاضي في مواجهة الشروط التعسفية والطبيعة القانونية لهذه السلطة

رغم ما تحققه السلطة المقررة للقاضي المدني المتمثلة في تعديل العقد وإنهائه مقررة قانونا له، بغية تحقيق العدالة والمساواة ومنع الظلم والضرر في مجال العقد، إلا أن هذه السلطة التقديرية آثارت جدلا فقهيا؛ بحيث تبلور على هذا الجدل الفقهي إتجاهيين رئيسين، أحدهما يعارض منح القاضي مثل هذه السلطة، على خلاف الإتجاه الآخر الذي يؤيد منحها له(أولا)، كما سنحاول من خلال هذا الفرع إبراز مدى تعلق سلطة القاضي بالنظام العام(ثانيا).

أولا: موقف الفقه من سلطة القاضي في عقد الإذعان

سنحاول إبراز رأي كل إتجاه على حدى.

1/ الإتجاه أو الموقف المعارض:

لقد كان فقهاء القانون الخاص يؤكدون على أن " العقد شريعة المتعاقدين"، وأنه يُلزم المتعاقدين بنفس الدرجة التي يُلزم الأطراف بإحترام ما ورد فيه، دون أن يكون لطرف الضعيف الحق في إعادة النظر في موضوع العقد، فمهما بدا الاتفاق ظالما فإنه يتعين عليه تنفيذه، فالقاضي في رأي هؤلاء لا يملك أي إجراء يخص التعديل في مضمون العقد، ففي نظرهم مهما كان سمو الهدف الذي يراد تحقيقه من خلال التعديل، إلا أنه لن يسموا على مبدأ إحترام التعهدات القانونية، مما يشكله هذا الأخير من ضمان أساسي لإستقرار العلاقات التعاقدية والقانونية[1].

كما أنهم يرون –أنصار هذا الموقف– أن الضرر الذي يترتب على مساس القاضي بمبدأ إحترام الحقوق المكتسبة، سيكون أشد وأفدح من النفع الذي يهدف التعديل إلى تحقيقه[2].

كما يرى البعض أن منح القاضي هكذا سلطة، يعد تجاوزا كبيرا للحد المألوف من سلطته، فهو يمنح القاضي سلطة تعديل الشرط التعسفي بل وإهداره إذا إقتضت منه ذلك العدالة، في حين أن مهمة القاضي وفقا للقواعد العامة، تقتصر على مجرد تفسيرها بغية إعمال حكم القانون فيها[1].

---

[1] محمد علي الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقه الإسلامي، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، 1996، ص139.

[2] المرجع نفسه.

2/ الإتجاه أو الموقف المؤيد:

يرى أنصار هذا الإتجاه أنه لا يمكن نقد السلطة الممنوحة للقاضي بخصوص عقود الإذعان، على أساس أن تلك السلطة تمثل خروجا عن القواعد العامة، حيث أن المشرع هو من له الحق في تقدير الضرورات التي يجب على أساسها الخروج عن القواعد العامة، لمواكبة المتغيرات والمستجدات[2].

ومما يذهب إليه هؤلاء أيضا أن هذه السلطة يقتضيها وجوب تحقيق العدالة؛ إذ إن ترك الحرية المطلقة للمتعاقدين في فرض ما يريانه من شروط، دون رقابة يؤدي إلى نتائج عكسية؛ لأن ذلك من شأنه تعزيز سيطرة الطرف القوي على الجانب الضعيف، فيفرض الأول بنودا تحقق مصالحه على حساب الطرف الأخير، فالقاضي هو أمين العدالة، واحترامه للإتفاقات، يتوقف على مدى مطابقتها للعدالة، فإذا ما شابها تعسفات صارخة فإن له أن يتدخل لحماية الطرف الضعيف إستجابة لدواعي العدالة نفسها [3].

فالعصر الحاضر، أصبح يستدعي تدخل الدولة وخاصة في ظل وجود المنافسة الحرة التي تنتهي بسحق القوي للضعيف، فالحفاظ على مصالح المستهلكين في العقد يعد مقصدا تشريعيا أساسيا بإعتبارهم ضعفاء مقارنة بمن يتعاقدون معه[4].

ثانيا: الطبيعة القانونية لسلطة القاضي في عقد الإذعان

لقد أولى المشرع الجزائري أهمية بالغة في حماية الطرف الضعيف في العقد، وهذا ما يتضح أكثر، حينما إعتبر أن سلطة القاضي في الرقابة على الشروط التعسفية من النظام العام، حيث قررت المادة 110 من القانون المدني الجزائري أنه لا يجوز لطرفي عقد الإذعان، الإتفاق

---

[1] عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والارادة المنفردة–دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي–، موسوعة القانون المدني المصري، الكتاب الأول، 1984، ص، ص، 214–215.

[2] محمد أمين سعدي، المعالم الجديدة لنظرية العقد في التشريعات الوضعية والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 300.

[3] محمد علي الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص145.

[4] المرجع نفسه.

على إستبعاد سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان؛ إذ إن إتفاقهم يعد باطلا بحكم القانون، وهذا ما يُجسد أول تطبيق لمبدأ حماية الطرف الضعيف من البنود التعسفية[1].

إلا أن تعلق سلطة القاضي عن طريق التعديل والإلغاء بالنظام العام، لا تنعقد تلقائيا بل يجب أن يتقدم الطرف المذعن لطلبها من القاضي، وذلك في أي حال كانت عليه الدعوى أمام قاضي الموضوع، ويقع عبئ إثبات الصفة التعسفية على عاتق المذعن، ذلك أن الأصل هو صحة الشروط العقدية[2]، وعلى من يدعي العكس الإثبات.

[1] أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية وفق الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، المرجع السابق، ص 290.

[2] المرجع نفسه.

الفصل الثاني: حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في ظل القواعد الخاصة

لقد أدى التحول العميق الذي مس مختلف جوانب الحياة، الى تكريس مبدأ حرية التجارة و الصناعة، الذي انعكست صورته على عمليات التصنيع والتوزيع الكثيف للسلع والخدمات من طرف المتدخلين ،الأمر الذي أدى الى تزايد نسب ومعدلات الطلب على هذه السلع والخدمات من طرف المستهلكين، كما وفر جوا مناسبا لتزايد عقود الاستهلاك والتي غالبا ما تكون في شكل عقود نموذجية[1].

الأمر الذي أدى إلى بروز تفاوت معرفي واقتصادي، بين المهني والمستهلك، فالمهني وبحكم خبرته وتجربته في ميدان الأعمال، يكون عالما بظروف التعاقد وجميع الجوانب المتعلقة بالسلعة و الخدمة التي يعرضها في السوق، وهذا على خلاف المستهلك الذي يقف في مركز الضعف في مواجهته ، وذلك لنقص علمه بأبعاد العلاقة الاستهلاكية التي هو مقدم عليها[2]، حيث وأمام جشع الطرف القوي في تحقيق أكبر قدر ممكن من الأرباح، وكذا إزدياد النزعة الإستهلاكية لدى المستهلك، أصبحت معظم العقود التي يقدم هذا الأخير على إبرامها، عقود معدة مسبقا من قبل المهني– عقود نموذجية– كما أشرنا سلفا، مما يصعب على المستهلك البسيط الإلمام بجميع جوانبها حيث لا يكون له إلا قبولها جملة دون إمكانية مناقشة بنودها.

الأمر الذي دعم المركز الاقتصادي والمعرفي للمهني على حساب الطرف الضعيف (المستهلك) ، حيث أصبحت عقود الإذعان هي الأصل بعدما كانت استثناء في ظل القواعد العامة.

وأمام هذا الضعف التقني والاقتصادي للمستهلك ، الناجم عن إنفراد المهني بتحرير العقد الذي أصبح يدس في طياته شروطا مجحفة في حق المستهلك، أصبح من الضروري تدخل المشرع لضبط هذه الممارسات التعاقدية التعسفية من خلال نصوص خاصة، وهذا لعدم كفاية النصوص الواردة في ظل القواعد العامة في مواجهة عدم التوازن الفاحش في أداءات طرفي العقود.

وبناء على ما تقدم، استدعى الأمر أن نقسم هذا الفصل إلى مبحثين، حيث سيتم دراسة كل من مفهوم الشرط التعسفي في تشريعات الإستهلاك في (المبحث الأول) وآليات مكافحة الشرط التعسفي في (المبحث الثاني).

---

[1] نجاة حملاوي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ظل احكام القانون04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مجلة الحقوق والحريات، العدد الرابع، جامعة قالمة، افريل2017،ص50.

[2] إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص4.

المبحث الأول: مفهوم الشرط التعسفي في ظل التشريعات الخاصة

إن من نتائج تبني نظام اقتصاد السوق، هو استفحال ظاهرة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، حيث أصبحت هذه الأخيرة ظاهرة عالمية مست كافة جوانب الحياة ، وكان أول ما تصدى لها من التشريعات، التشريع الأمريكي لسنة 1962 وذلك في قانون التجارة الموحد، حيث تم تمكين القاضي من إلغاء أي شرط يتبين له أنه تعسفي، كما أن جل التشريعات الأوروبية لم تعالج هذا الموضوع إلى غاية بداية السبعينيات ،حيث صدر التشريع السويدي عام 1971 ثم تلاه التسريع الدنماركي سنة 1974، ثم الألماني في 1976، وقد تم تقنين القانون المكافح للشروط التعسفية تحت اسم " قانون الشروط التعاقدية غير العادلة"[1]، أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد عالج موضوع الشروط التعسفية من خلال القانون رقم 78-23 المؤرخ في10 جانفي1978 المتعلق بحماية المستهلكين و المسمى بقانون[2] scrivener .

وبالنسبة للتشريع الجزائري فقد كان في بداية الأمر صامتا أمام هذه الظاهرة، ومستندا على القواعد العامة فقط في مواجهتها، لكن الرواج الذي شهدته هذه البنود، وتأثيرها على العلاقات التعاقدية ليس على الصعيد الداخلي وفقط؛ وإنما تأثيرها تجاوز الحدود ليصل الى الصعيد الخارجي، الأمر الذي دفع المشرع الى التدخل من خلال نصوص خاصة لحماية المستهلك من هذه الممارسات المجحفة في حقه، من خلال القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، إضافة الى مراسيم أخرى تصب في هذا الجانب.

ولكن قبل التطرق الى كيفية مواجهة هذه الشروط، لابد لنا أن نعرج الى الأساس القانوني للشرط التعسفي من خلال(المطلب الأول) ثم التعرف على المجال الموضوعي لتطبيق أحكام الشرط التعسفي في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الأساس القانوني للشرط التعسفي

إن من أهم عوامل بروز فكرة إختلال التوازن العقدي، هو ظهور صيغ جديدة تبرم بإمضاء وثيقة معدة مسبقا من طرف المهني، حيث أصبح هذا الأخير يدرج في العقد مجموعة من البنود

[1] إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك، المرجع السابق، ص4.

[2] محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص22.

التعسفية والمجحفة في حق المستهلك، فمن أجل الإحاطة بهذه الشروط لابد من التطرق الى تعريفها ،وتمييزها عن ما يشابهها من أنظمة في (الفرع الأول) ثم تحديد معايير اعتبار الشرط تعسفيا في(الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الشرط التعسفي وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له

مثلما بينا سابقا فإن قواعد القانون المدني لم تنص على تعريف الشرط التعسفي، مما أدى إلى قصور تلك القواعد عن توفير الحماية الخاصة، الأمر الذي أدى الى إجتهاد الفقه في إعطاء تعريفات مختلفة للشرط التعسفي، كما تدخل المشرع الجزائري في منح تعريف خاص بالبند التعسفي في القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية .

أولا: تعريف الشرط التعسفي

لتحديد معنى الشرط التعسفي، وجب التطرق إلى مختلف الآراء الفقهية والتشريعية التي حاولت تحديد المقصود منه.

1/**التعريف الفقهي للشرط التعسفي:** لقد تعددت تعريفات الفقه للشرط التعسفي وإختلفت بإختلاف الرؤية لهذا الشرط، حيث عرفه الدكتور أحمد محمد الرفاعي على أنه:" شرط يفرضه المهني على المستهلك مستخدما نفوذه الاقتصادي بطريقة تؤدي إلى حصوله على ميزة فاحشة.."[1]

كما عرفه الدكتور السيد محمد السيد عمران بأنه:" الشرط الذي يفرض على غير المهني أو على المستهلك من قبل المهني نتيجة تعسف هذا الأخير لسلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزة مجحفة.."[2]، معتمدا هو الأخر على نفس المعيار السالف الذكر.

[1] أحمد محمد الرفاعي، " الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1994، ص215.

[2] السيد محمد السيد عمران،" حماية المستهلك أثناء تكوين العقد-دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية وتطبيقية- للنصوص الخاصة بحماية المستهلك"، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت،لبنان،2003، ص49.

كما عرف أيضا على أنه:" الشرط الذي يورده المحترف في تعاقده مع المستهلك والذي يؤدي إعماله إلى عدم التوازن الفاحش بين حقوق والتزامات الطرفين، وهو يقدر وقت إبرام العقد بالرجوع إلى ظروف التعاقد وموضوعه وحالة طرفيه وفقا لما تقتضي به العدالة"[1]

2/ التعريف القانوني:

سنحاول من خلال هذه النقطة إبراز بعض التعريفات الخاصة بالبند التعسفي لدى التشريعات الأجنبية ثم التطرق الى التعريف الذي أورده المشرع الجزائري في القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

لقد عرف المشرع الفرنسي الشروط التعسفية من خلال المادة 35 من القانون رقم 78-23 الصادر بتاريخ 10 يناير 1978 والمتعلق بحماية واعلام المستهلكين بالسلع والخدمات، على أنها:" تلك الشروط التي يفرضها المحترف على المستهلك أو غير المحترف وتقوم على التعسف في استخدام النفوذ الاقتصادي، وتؤدي الى استفادة المحترف بمزايا مفرطة أو مبالغ فيها".[2]

كما أعيد تعريفه في قانون الإستهلاك لسنة 1995 بموجب الفقرة الأولى من المادة-ل-132-1 من القانون95-96 الصادر في 1 فيفري1995 والتي تنص على أنه:" في العقود المبرمة ما بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين، تكون تعسفية الشروط التي يحدث موضوعها أو آثارها إضرارا بغير المحترفين أو المستهلك، عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد".[3]

---

[1] حبيبة كالم، الشروط التعسفية في ظل القانون رقم02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم، مجلة صوت القانون،العدد2، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة البليدة2 ،2022/06/16، ص887.

[2] Art 35 du de la loi 1978 dispose :" apparaissent imposées aux non-professionnelles ou consommateurs par un abus de puissance économique de l'autre partie et confèrent a cette dernière un avantage excessif."

[3] L'art, l ,132-1 du c, consomme, dispose que: dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment des non-professionnels ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au

أما المشرع الألماني فقد عرف الشروط التعسفية وهو بصدد الحديث عن الشروط العامة في العقد وذللك بموجب المادة 9 من القانون 1976، الخاص بمقاومة عدم التوازن في العقود وحماية الطرف المذعن، والذي بدأ العمل به في 1977/04/01 بقوله:" تعتبر الشروط العامة لاغية عندما تكون الشروط ضارة ومجحفة بالشريك في العقد مع المشترط بطريقة غير معقولة ويكون ذلك بطريقة مناقضة لمقتضيات حسن النية"[1].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فانه في بداية الأمر لم يبد أي اهتمام بمسألة تعريف الشرط التعسفي، ولعل السبب يعود الى حداثة فكرة الشرط التعسفي أصلا حديثة النشأة ، كما أن مسألة التعريف هي من اختصاص الفقه وليس التشريع، غير أن التغيرات الإقتصادية والاجتماعية هي التي دفعت بالمشرع الى التفطن، ومنح تعريف خاص للشرط التعسفي وكان ذللك من خلال قواعد خاصة متمثلة في نص المادة 3 الفقرة5 من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المؤرخ في 23 يونيو 2004 حيث نص على ما يلي:" الشرط التعسفي هو كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق و واجبات أطراف العقد"[2]

وباستقراء نص المادة المذكورة سلفا، يستخلص أنه لا بد من النظر في بنود العقد بأكملها لتقدير التعسف، لأن البند لوحده، قد لا يؤدي بالضرورة الى اختلال في التوازن العقدي، كما أن المشرع الجزائري في هذا السياق قد ساير التوجيه الأوربي الذي صدر سنة 1993 والذي اعتبر الشروط التعسفية" تلك الشروط التي يكون الهدف منها أن ينتج عنها عدم توازن واضح بين حقوق والتزامات طرفي العقد[3].

---

contrats. Loi n°95-96 art.1,annonce JO du 2 févr.1995.Ord,n°2001-741 du 23 aout 2001. 16 JO du 25 aout 2001.

[1] أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، المرجع السابق،ص،ص،10-11.

[2] وليد لعوامري، الشروط التعسفية وآليات التصدي لها في القانون الجزائري، مجلة الشريعة والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة01، 2014/06/1،ص261.

[3] المرجع نفسه، ص262.

ثانيا: تمييز الشرط التعسفي عن بعض الأنظمة المشابهة له

يقترب مفهوم الشرط التعسفي من بعض الأنظمة التي تعبر هي الأخرى عن الشروط التعاقدية، وعلى سبيل التحديد كل من الشرط غير المشروع، والشرط النموذجي، حيث يعتبران من اكثر المصطلحات تداخلا مع مفهوم البند التعسفي.

لذا سنحاول التمييز بينهم في هذه النقطة.

1/ تمييز الشرط التعسفي عن الشرط غير المشروع:

الشرط غير المشروع هو الشرط التعاقدي المخالف لقواعد القانون الامرة[1]، حيث يقصد بهذه الأخيرة القاعدة التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، تحت طائلة البطلان[2] ، وعليه فإن جزاء وجود هذا الشرط هو البطلان ، فإما يكون بطلانا مطلقا، مثل ما نصت عليه المادة 1/426 من القانون المدني الجزائري التي تقضي بأنه : "اذا وقع اتفاق على أن أحد الشركاء لا يسهم في أرباح الشركة ولا في خسارتها كان عقد الشركة باطلا"، وهذا ما يسمى – شرط الأسد– [3].

إلا أن هذا النص يتعارض مع ما ذكر في نص المادة 733 من القانون التجاري الجزائري، حيث لا يترتب على شرط الأسد بطلان الشركة، وبالتالي فالبطلان يكون منصبا على الشرط وحده، حيث أن نص المادة 1/426 السالف الذكر، قاصر على شركة التضامن فقط ، دون أن يمس كل من شركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة[4].

أما البطلان الأخر ، فيقتصر على بطلان الشرط غير المشروع، دون أن ينصرف ذللك الى العقد الذي يبقى قائما، وهذا ما يعرف في القواعد العامة بنظرية إنقاص العقد، ويظهر الفرق بين الشرط التعسفي والشرط غير المشروع خاصة من الناحية القانونية، فكما أن العقود تبنى على الاتفاق الذي يترجم في بنود تعاقدية تكون صحيحة مادامت غير مخالفة للقواعد الآمرة ، فمتى خالفتها فهي

[1] إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص70.

[2] فطيمة نساخ، المدخل لدراسة العلوم القانونية–نظرية القانون–، بيت الأفكار للنشر، الجزائر،2021،ص57.

[3] إيمان بوشارب، المرجع السابق،ص71.

[4] رميساء مرابطي، فريال قانة، بطلان الشركات التجارية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة8 ماي 1945، قالمة،2020،ص28.

بنود غير مشروعة بغض النظر عن المراكز القانونية للأطراف، أما الشروط فإن مجالها الخصب عقود الاستهلاك، بحيث في الظاهر تبدوا بنودا اتفاقية محضة، لأن الطرف القوي غالبا ما يلزم المستهلك بأن يكتب عبارة قرأت العقد و وقعت عليه، إضافة الى الإمضاء، وعليه فإن الفرق الجوهري بينهم، يكمن في أن الشرط التعسفي لا يخالف النصوص الآمرة كما يجسده مفهوم الشرط غير المشروع، بل هو نتاج التعسف في استعمال رخصة مشروعة في الأصل، وهي حرية التنظيم الاتفاقي للعقد[1].

أما من الناحية الاصطلاحية، فنلاحظ أن المشرع الجزائري قد ميز في القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية بين مصطلحي غير مشروع و التعسفي، حيث عبر عن البنود التعسفية،" بالممارسات التعاقدية التعسفية" ويتجلى ذلك في استخدامها كعنوان للفصل الخامس المتعلق بأحكام البنود التعسفية، فيما أورد مفهوم غير الشرعي بطريقة غير مباشرة في عنوان الفصل الأول من الباب الثالث حينما عنونه ب:" الممارسات غير الشرعية" ، فلو كان يرمي لتعبير واحد لما خصص لكل واحد منهم فصلا مستقلا[2].

2/ تمييز الشرط التعسفي عن الشرط النموذجي:

تعرف العقود النموذجية بأنها العقود التي تعد مسبقا، وتحدد شروطها سلفا وفق نمط معين، و بصورة يمكن من خلالها مجابهة الظروف الموحدة في التعاقد[3]، فهذه العقود هي التي تحمل ما يسمى بالشرط النموذجي نسبة للعقد الذي ورد فيه، فالشرط النموذجي هو ذلك البند الذي يعد مسبقا من قبل أحد أطراف العلاقة التعاقدية لاستعمال عام، ومتكرر، وبصورة غير قابلة للتفاوض، ولعل التداخل الذي يكمن بين كل من الشرط التعسفي والشرط النموذجي يتجلى، في أن الأول يعبر عن الثاني بالرغم من أن هذا الأخير قد يحمل نوعا من التوازن مقارنة بثاني، وهنا يكون قد عبر عن مفهومه الإيجابي–الشرط النموذجي–، غير أنه قد يحمل الطابع التعسفي في فحواه وهنا نطلق عليه تسمية

[1] منال بوبصلة، ريحان بن ساولة، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص، معهد العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، قسم الحقوق، المركز الجامعي بلحاج بوشعيب، عين تيموشنت،2020،ص24.

[2] إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك، المرجع السابق،ص73.

[3] سلمة بن سعيدي، خصوصية الشرط التعسفي ومدى تأثيره على توازن العقد–دراسة مقارنة–، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ، تخصص عقود ومسؤولية مدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة1الحاج لخضر ،2024،ص68.

الشرط النموذجي التعسفي ويكون قد أفصح عن مفهومه السلبي، أما بالنسبة للشرط التعسفي فيتميز بكثرة تموضعه في عقود الإذعان، على خلاف الشرط النموذجي الذي يتميز بنطاقه غير المحدود سواء من حيث الأشخاص، أم من حيث العقود[1].

الفرع الثاني: معايير تحديد الشرط التعسفي:

إن القواعد المستحدثة لحماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية، أدت الى بروز عدة معايير يتحدد وفقها الطابع التعسفي للشرط، ويمكن تقسيم تلك المعايير الى نوعين، أولهما شخصي يحدد سلوك الطرف القوي في العقد، أما ثانيهما، فيتميز بالطابع الموضوعي، أي أن العبرة لديه بتوازن العقد، أو أثر ذلك الشرط على توازن العقد، وهذا ما حاولنا توضيحه في هذا الفرع.

أولا: المعيار الشخصي

سنتطرق في هذه النقطة الى معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية

1/ معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية :

يعتبر هذا المعيار معيارا شخصيا، فالمادة 35 من قانون 1978/01/10 عرفت لنا الشروط التعسفية على أنها:" تلك الشروط التي يفرضها المحترف على المستهلك أو غير المحترف وتقوم على التعسف في استخدام النفوذ الاقتصادي، وتؤدي الى استفادة المحترف بمزايا مفرطة أو مبالغ فيها"[2]، وبناء على التعريف السابق، فإن الشرط يعد تعسفيا متى كان مفروضا على غير المحترفين أو المستهلكين، بسبب تعسف المحترف في استخدام تفوقه الاقتصادي، ونظرا لاعتبار التعريف السابق التعسف معيارا جوهريا ، فإن الفقه اختلف حول المقصود بالتعسف من هذا التعريف، أهو التعسف في استعمال الحق المعروف في القواعد العامة ؟ أم هو تعسف الموقف؟

[1] هاجر جحودي، عبد الحميد دبار، الشروط التعسفية في العقود، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة8 ماي1945، قالمة،2024،ص12.

[2] Art 35 du de la loi 1978 dispose :" apparaissent imposées aux non-professionnelles ou consommateurs par un abus de puissance économique de l'autre partie et confèrent a cette dernière un avantage excessif."

ذهب جانب من الفقه الى القول إن التعسف المقصود هو التعسف في استعمال الحق المعروف في القواعد العامة، وهذا ما رآه أحد النواب في البرلمان الفرنسي، وهو بصدد مناقشة مشروع قانون 1978/01/10 ، أن المشروع المعروض للنقاش يمنع المحترف الذي ينفرد بوضع شروط العقد أن يتجاوز حدوده التعاقدية إضرارا بالمستهلك، لما في هذا التجاوز من تعسف في استعمال الحق[1].

كما أن مسألة الانفراد هاته في وضع شروط العقد أنشأت جدلا بخصوص مدى اعتبار هذا التصرف حقا شخصيا أم لا؟، حيث يترتب على القول بأن التحرير المسبق للعقد يعد حقا شخصيا ، أن ورود أي شرط في ذلك العقد يضر بمصلحة الطرف الضعيف ، يعد تعسفا في استعمال الحق ، إذ إن مسألة التحرير الأحادي الجانب للعقود أتت على ضوء تفوق فني وعرفي للطرف القوي في العقد ، ضف الى ذلك الخبرة العملية أيضا التي يتمتع بها محررو العقود ، باعتبارهم ما يمثلون الجهة الأقوى في العلاقة التعاقدية، وعلى هذا يظهر أن التحرير المسبق للعقد من قبل أحدهم يتمثل في ممارسة لسلطة واقع، وليس ممارسة لحق شخصي، وبالتالي لا يمكن اعتبار التعسف المنصوص عليه في المادة35 المذكورة آنفا، مجرد تطبيق لتعسف في استعمال الحق[2] .

كما حاول جانب اخر من الفقه الى ارجاع فكرة التعسف في استعمال التفوق الاقتصادي، الى فكرة تعسف الموقف، حيث تعد هذه الفكرة حديثة، لأن المتعاقد الضعيف في السابق كان يعرف بالمتعاقد المكره، كالذي يواجه وسائل ضغط المسلطة على ارادته، وذلك تحت فكرة " عيب إرادة المستهلك" حيث يقترب التعسف حسب هذا المنظور من فكرة التدليس، حيث يرى الفقهاء في هذا الصدد ضرورة التوسع في فكرة التدليس، بحيث لا يجب أن تكون محصورة في فكرة التكتم لإيقاع المتعاقد في غلط، بل أن التدليس يقوم أيضا بتعسف المتعاقد وفرضه لعقد مخالف للعدالة[3].

ألا أن معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية هو معيار يتسم بالكثير من الغموض وعدم الدقة، خاصة أن القوة الاقتصادية ليست بالصفة التي تلازم المشروعات الكبرى والقوية اقتصاديا، فضخامة المشروع لا يعكس دائما قوته، مادام بإمكان التاجر الصغير أن يتمتع باحتكار محلي يماثل

---

[1] أحمد رباحي، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن ،المرجع السابق، ص349.

[2] المرجع نفسه، ص350.

[3] محمد أمين سعدي، المعالم الجديدة لنظرية العقد في التشريعات الوضعية مقارنة بالفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص324.

مشروعا وطنيا، وأمام هذا الغموض سعى الفقه الى البحث عن مقومات تكشف هذا التفوق لتبير الأخذ به، حيث برز رأيان؛ ذهب الرأي الأول الى أن المؤشر على القوة الاقتصادية يتجلى منذ اللحظة التي يمثل فيها الشرط عدم تعادل جسيم، وهو كاف لاعتبار هذا الشرط باطلا؛ وذهب الرأي الثاني الى أن التعسف يتأتى من الوضع المسيطر، والذي ينجز بدوره عن حصول المحترف على شروط ملائمة له بصورة مبالغ فيها؛ لقد ذهب البعض الى التشكيك في جدوى هذا المعيار، على أساس أن السيطرة الفنية والتقنية هي التي تسمح للمحترف في فرض الشروط التعسفية على المستهلك، حيث انتهى هذا الرأي الى عدم جدوى معيار القوة الاقتصادية[1].

ثانيا: المعايير الموضوعية

يتضمن هذا المعيار كل من معيار الميزة المفرطة، ومعيار الإخلال الظاهر بتوازن الالتزامات، وهذا ما سنبينه في هذه النقطة.

1/ معيار الميزة المفرطة:

يعبر على هذا المعيار أيضا بمعيار " المزايا المبالغ فيها" التي يحصل عليها المحترف من وراء التعاقد، وهو عنصر موضوعي يتعلق بتوفر مزايا مبالغ فيها للمحترف مهما كان نوع هذه المزايا[2]، حيث حسب المادة 35 من القانون السالف الذكر، فإنه لكي يعتبر الشرط تعسفيا فإنه يجب أن يكون مفروضا بواسطة تعسف النفوذ الاقتصادي الذي يملكه المهني من جهة ، وهو المعيار المذكور سابقا، على أن يمنح هذا الأخير ميزة مفرطة أو فاحشة من ناحية أخرى للمهني، حيث يتضح جليا أن ترابط المعياريين (الأول والثاني) ترابط النتيجة والسبب، بمعنى أن حصول المحترف على ميزة مفرطة يعتبر نتيجة لاستخدام القوة الاقتصادية أو النفوذ الاقتصادي[3].

إن فكرة الميزة المفرطة تقترب من فكرة الغبن، كما هي معروفة في القواعد العامة من حيث ترتيب الفكرتين لضرر مباشر يلحق بالعدالة العقدية، يؤدي الى عدم التوازن بين حقوق والتزامات

[1] محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص93.

[2] حنان بن حواسة ، فتيحة بوعصيدة، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص قانون خاص للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل،2017، ص21.

[3] محمد أمين سي الطيب، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص114.

المتعاقدين، وإن كانا يختلفان من ناحية محل التعسف، حيث ينصب الغبن على الثمن، أما في الشروط التعسفية فيتعلق بالشروط المقترنة بالعقود[1].

إلا أن هذا الاتجاه تعرض الى الانتقاد كون أن المشرع لم يحدد رقما معينا تصل إليه هذه الميزة على غرار الغبن الذي يكون سببا لإعادة النظر في بعض العقود اذا بلغ حدا معينا ، وعلى ذلك فإن هذا المعيار لا يصلح وحده لاعتبار الشرط تعسفيا، نظرا لعدم وضوحه وعدم تحديده برقم معين[2].

لكن الأمر الذي آثار جدلا فقهيا هو نوعية هذه المزايا، هل يقتصر الأمر على المزايا النقدية فقط؟ أم حتى المزايا غير النقدية؟

إذ ليس من الضروري أن تكون الميزة المفرطة ذات طابع مالي، فالشروط التي ذكرت في المادة35 تناولت أيضا شروطا خالية من الطابع المالي مثل الشروط المتعلقة بالتسليم، أو شروط التنفيذ....الخ[3]، وهذا الموقف حسن، ذلك أن حصر الميزة المفرطة في الأمور النقدية فقط من شأنه حصر الحماية القانونية من الشروط التعسفية[4].

كذلك ثار تساؤل آخر فيما يخص كيفية تقدير الميزة المفرطة، فهل يجب النظر للشرط الذي أعطى ميزة فاحشة للمهني منعزلا عن غيره من الشروط التي تضمنها العقد، أم أنه يجب النظر الى شروط العقد في مجموعها؟

إن من الحكمة عدم التسرع في جعل الشرط تعسفيا، لمجرد أنه يرد مانحا مزايا للمهني، حيث يمكن وجود شروط في المقابل تمنح للمستهلك مزايا تعيد التوازن للعقد في مجمله[5]، ذلك أن الفقه يرى أنه من الواجب النظر الى جميع الشروط التعاقدية لتقدير عدم التوازن العقدي، لأن النظرة الإنفرادية للشرط قد تظهره على أنه تعسفيا، إلا أنه يكون مبررا اذا تم النظر اليه من خلال مجموع العقد مثل:

[1] محمد أمين سي الطيب، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص94.

[2] محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص94.

[3] محمد أمين سي طيب، المرجع السابق،ص116.

[4] إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، المرجع السابق،ص83.

[5] محمد أمين سي طيب، الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك، المرجع السابق،ص116.

الشرط المتعلق بتحديد مسؤولية المحترف الذي تقابله شروطا أخرى تتناول تخفيضا في ثمن السلعة لفائدة المستهلك .

2/ معيار الاخلال الظاهر بالتوازن بين الحقوق والتزامات طرفي العقد:

يقصد بهذا المعيار أن يتضمن العقد في مضمونه على بند مجحف يكون من شأنه أن يؤدي الاخلال الظاهر بين التزامات أطراف العقد، مما يؤدي الى منح الطرف القوي ميزة مفرطة[1].

لقد تم النص على هذا المعيار في المادة132-1/5(ملغاة بموجب الأمر رقم 1274-2021 المؤرخ في 29 سبتمبر 2021) من قانون الاستهلاك الفرنسي، الا أن البعض رأى في هذا الصدد أن المعيار الجديد ليس سوى ترديدا لمعيار الميزة المفرطة، أي أن مفهوم معيار الاخلال الظاهر بالتوازن هو نفسه معيار الميزة المفرطة من حيث الموضوع، على أن الاختلاف يكمن فقط في التسمية[2].

فقد نقل المشرع الفرنسي هذا المعيار متأثرا بما ورد في التوجيه الأوروبي رقم 13/96، حيث كان لصدور هذا التوجيه أثر بالغ على النظام القانوني الفرنسي، ما دفع بالمشرع الفرنسي الى التخلي عن المعايير التي كانت سائدة في ظل القانون 23/78 لسنة1978، لصالح المعيار الذي جاء به التوجيه الأوروبي وهو "عدم التوازن الظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد"[3] ، فالمشرع الجزائري أيضا أخذ بهذا المعيار وهذا ما يظهر من خلال المادة3 الفقرة5 من قانون04-02 المعدل والمتمم بقوله:" كل بند أو شرط...من شأنه الاخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق و واجبات أطراف العقد".

إلا أن هذا المعيار طرح اشكال فيما يتعلق بمسألة تقديره، حيث اكتفى المشرع الجزائري من خلال المادة السالفة الذكر بالقول أنها تتم إما بالنظر للإخلال الذي يحدثه الشرط لوحده، أو بالنظر لجميع شروط العقد مجتمعة، وتتحقق تعسفية الشرط في صورة الأولى في الحالات التي تكون فيها خطورة الشرط واضحة مما يجعل الاخلال بارزا في الحقوق بين أطراف العقد، الا أن هذه الحالات تمثل استثناء، فالقاضي في غير هذه الحالة يتمعن في الشروط بأكملها ليتحقق من وجود معيار الاخلال الظاهر، وهو ما يمثل الصورة الثانية في كيفية التقدير، الا أنه سكت عن باقي الاعتبارات

[1] محمد أمين سعدي، المعالم الجديدة لنظرية العقد في التشريعات الوضعية مقارنة بالفقه الإسلامي ،المرجع السابق،ص328.

[2] محمد أمين سي طيب، المرجع السابق،ص118.

[3] إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك، المرجع السابق، ص83.

الأخرى والتي أهمها ما يخص وقت تقدير الطابع التعسفي، على عكس المشرع الفرنسي والذي تفطن لهذا الأمر وكان أكثر دقه في وضعه لنص المادة 132-1/5 من القانون رقم 95-96 على ما يلي:" بدون المساس بقواعد التفسير المنصوص عليها في المواد1156 الى 1161 و1164 من القانون المدني، الطابع التعسفي للشرط يقدر عند لحظة إتمام العقد، بالنظر لكل الظروف المحيطة بإتمامه، كذلك بكل الشروط في العقد نفسه أو تلك الموجودة في عقد اخر عندما يرتبط إتمام أو تنفيذ هاذين العقديين قانونيا بعضها ببعض"[1].

وعلى ذلك فإن تبني معيار الاخلال الظاهر بالتوازن العقدي يمكن من مكافحة الشروط التعسفية مهما كانت القوة الاقتصادية للمحترف وهو ما رحب به الفقه الفرنسي، كما أنه رحب بالاستغناء عن معيار حسن النية ، وهو ذات المنهج الذي سلكه المشرع الجزائري، حيث يعد معيار حسن النية معيارا تكميليا نصت عليه التعليمة الأوروبية وهو أيضا ما أخذ به القانون المدني الألماني، في حين أن المشرع الفرنسي استغنى واكتفى فقط بمعيار الاخلال الظاهر بين حقوق والتزامات الأطراف، على أساس أنه لا يضيف جديدا للحماية، بل على حسبهم يلحق الضرر بالأمن القانوني، بتغيير آخر فإن معيار حسن النية يعتبر عنصرا إضافيا في تقدير الشرط التعسفي والأكثر من هذا هو عديم الفائدة، إذ كيف يمكن أن يتصور بقاء المحترف حسن النية، وهو يبحث عن تحقيق ميزات لا تتوافق والعقد المبرم مع المستهلك، كما أن حسن النية لا يتلاءم مع منطق حظر الشروط التعسفية، ذلك أن المادة1/107ق م-المقابلة للمادة1104 من القانون المدني الفرنسي تهتم بمعاقبة الخطأ في سلوك المتعاقد وعلى ذلك فإن تقدير الاخلال بحسن النية يكون بالنظر الى سلوك المتعاقد، وليس بالنظر الى شرعية الشروط العقدية[2].

وبالنسبة لمسألة تقدير الطابع التعسفي لدى المشرع الفرنسي فقد حدده كالآتي:

- بالنظر للشروط الأخرى في العقد نفسه، أو تلك الموجودة في عقد اخر مرتبط قانونيا بالأول، ذلك أنه قد يمنح بند معين ميزة للمهني على حساب المستهلك أو غير المهني فيما يعدل بند اخر المسألة، بأن يمنح ميزة لهذا الأخير على حساب الأول وهو ما سيعيد التوازن العقدي.

[1] إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك، المرجع السابق، ص86.

[2] شوقي بناسي، آثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص418.

- بالنظر لكل الظروف التي أحاطت بتنفيذ العقد، فالبند الذي لم يكن لوضعه أي مجال للمناقشة مثلا سيكون أمر اعطاءه الطابع التعسفي أسهل من البند الذي كان محل مناقشة بين أطراف العقد.
- بأن لا يقع التقدير لا على تعريف المحل الرئيسي للعقد ولا على تعادل الثمن مع المال المبيع أو الخدمة المقدمة، وهو ما اعتبره الفقه الفرنسي إعادة تأكيد على استبعاد فكرة الغبن التي يرفضها القانون الفرنسي أصلا[1].

المطلب الثاني: المجال الموضوعي لتطبيق أحكام الشرط التعسفي

نصت المادة 3 الفقرة 4 من القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية على ما يلي: " عقد" كل اتفاق أو اتفاقية تهدف الى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق **مع اذعان الطرف الأخر** بحيث لا يمكن لهذا الأخير احداث تغيير حقيقي فيه، يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفا"[2].

من خلال هذا التعريف يستنتج أنه لكي نكون أمام ممارسة تعاقدية تعسفية ينبغي أن تتوافر مجموعة من الشروط في العقد مجال الحماية، سواء من حيث طبيعته وشكله (الفرع الأول) أو من حيث المحل(الفرع الثاني).

الفرع الأول: من حيث طبيعة العقد وشكله

إن المقصود بطبيعة العقود المعنية بالحماية القانونية ضد الشروط التعسفية هو معرفة ما اذا كانت الحماية مقصورة على عقود الإذعان فقط، أم تمتد الى عقود المساومة، كما نص المشرع الجزائري أيضا على ضرورة ورود الشرط التعسفي في شكل مكتوب؛ حتى يتسنى تطبيق النظام الخاص بمكافحة هذه الأخيرة.

[1] إيمان بوشارب، حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك، المرجع السابق،ص87.

[2] القانون رقم04-02 المؤرخ في 23 يونيو2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 10-06، صادر عن المديرية الفرعية لترقية المنافسة، 2019، ص3-4.

أولا : من حيث طبيعته(وجود عقد اذعان)

يتضح من خلال نص المادة 3 الفقرة 4 المذكورة سلفا، أن المشرع الجزائري قد حصر مجال الشروط التعسفية في عقود الإذعان فقط، وهذا ما يتبين من خلال عبارة " **مع اذعان الطرف الاخر..**" الواردة في نص المادة، حيث يكون بهذه الطريقة قد خالف المشرع الفرنسي الذي حصرها في عقود الاستهلاك، فالمشرع الجزائري لم يكتف باشتراط وجود عقد استهلاك فقط مثل المشرع الفرنسي، بل اشترط فوق ذلك توفر صفة الإذعان في العقد لتطبيق أحكام البنود التعسفية[1] .

1/ موقف الفقه من توجه المشرع الجزائري: بين التأييد ورفض

إلا أن موقف المشرع هذا لم يلق قبولا فقهيا لدى البعض، حيث يؤخذ عليه حصر مجال الحماية من الشروط التعسفية في عقود الإذعان دون غيرها، حيث لا يمكن حصر مجال الشروط التعسفية في عقود الإذعان فقط، بل أحيانا العقد لا يكيف على أنه عقد اذعان ومع ذلك يحتوي على بنود تعسفية، فاحتمال خلو عقود الإذعان من الشروط التعسفية يبقى واردا، كما أن احتمال اشتمال العقود الأخرى على هذه الشروط لا يمكن نفيه، حيث أن القول بأن غالبية عقود الإذعان تنطوي على شروط مجحفة لا يعني أن تلك الشروط لا تجد لها موقعا في العقود التفاوضية، إن غاية ما في الأمر أن درجة تواجدها في مثل هذه العقود–العقود التفاوضية– تقل كثيرا مقارنة بعقود الإذعان [2].

إضافة الى أن العقود النموذجية أحيانا قد تترك للموجب له حرية للتفاوض، فيما يتعلق بمجموعة من التزامات الطرفين التي تتلاءم مع أغراضهم وحاجاتهم في العقد، مما يجعلها في هذه الحالة عبارة عن مزيج من العقود التفاوضية وعقود الاذعان[3].

كما أن المبدأ العام في العلاقة التعاقدية يقوم على المساومة بين أطرافها، وعليه فإنه يجب على المشرع الجزائري تطبيق نصوص القانون رقم04–02 على عقود المساومة ما سيؤدي الى توسيع نطاق الحماية في مواجهة الشروط التعسفية، ولا يجب حصرها فقط في

[1] محمد أمين سعدي، المعالم الجديدة لنظرية العقد، المرجع السابق، ص334.

[2] أحمد رباحي، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق،ص313.

[3] فاطمة زهراء زيتوني، مبدأ حسن النية في العقود، المرجع السابق، ص267.

عقود الإذعان[1]، على خلاف المشرع الفرنسي الذي ذهب الى أن النصوص المتعلقة بالشروط التعسفية تطبق على جميع العقود أيا كان شكلها أو سندها، كعقد البيع، الايجار، عقد التأمين...الخ،[2].

وخلافا للرأي السابق المنتقد لفكرة قصر الحماية على مجال عقود الإذعان ، فإن هناك اتجاه آخر رحب بفكرة حصر مجال الشروط التعسفية في عقود الإذعان ، ذلك أن المشرع الجزائري قد تبنى المفهوم الموسع في عقود الإذعان، والذي يشمل العديد من العقود الحديثة، كما أن توسعة مجال الحماية ليشمل عقود المفاوضات أيضا قد ينجم عنه توسيعا في مجال الحماية من ناحية الأشخاص والعقود في آن واحد ، وهذا الموقف لم تأخذ به التشريعات الأوروبية ، فهي إما تقصر الحماية من حيث الأشخاص وتشترط صفة المستهلك في المتعاقد ضحية الشروط التعسفية على غرار المشرع الفرنسي، وإما تقيد الحماية من ناحية العقود وذلك باشتراطها وجود عقد اذعان[3] على غرار المشرع الألماني، ومن ناحية أخرى أيضا فإن الهدف الأساسي من مكافحة الشروط التعسفية هو محاولة إعادة التوازن بين حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة وذلك نتيجة الاختلال في الأداء بينهم، ومن ثم فإذا خضعت شروط العقد للمفاوضة كما هو الحال في عقود المساومة، فلا مبرر للحماية في هذه الحالة إذن ، فالحماية من المفروض تكون متوفرة بغض النظر عن شكل العقد وإن كان المشرع قد قصر محلها على بيع سلعة أو تأدية خدمة[4].

من ناحيتنا فإننا نرى أنه من الأفضل قصر الحماية على مجال عقود الإذعان، لما في ذلك من تماشي مع سياسة التشريعية والتي تبنت المفهوم الموسع في عقود الإذعان والذي يضم العديد من العقود الحديثة.

---

[1] سميحة بداوي، مروى صدراتي، الشروط التعسفية في ظل القانون04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد البشير الابراهيمي، برج بوعريريج،2020، ص12.

[2] محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص82.

[3] محمد أمين سعدي، المعالم الجديدة لنظرية العقد، المرجع السابق، ص335.

[4] شوقي بناسي، آثر تشريعات الإستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص398.

ثانيا: من حيث الشكل (أن يكون العقد مكتوبا)

إن هذا الشرط يستخلص من خلال ورود عبارة" حرر مسبقا" في نص المادة 3 الفقرة4 من القانون 04-02 السالف الذكر، حيث يجب أن يكون العقد محررا مسبقا من قبل البائع ، وذلك في إطار ما يعرف بالعقود المطبوعة أو العقود النموذجية ، وتعرف هذه الأخيرة على أنها عقود يتم إعدادها مسبقا، وتتميز عادة بالإذعان بالنسبة للموجب له المشاركة في العقد[1].

ويعتبر معظم الفقهاء أن العقود النموذجية هي الشكل السائد لعقود الإذعان، إلا أن وإن اتسع مفهوم هذا الأخير ليشمل العقود المبرمة شفاهة، لكن المقصود هنا ليس جميع عقود الإذعان، بل فقط تلك التي تكون في مجموعها أو في جزء منها مكتوبة مسبقا، مما يجعلها تتعلق بعمليات مستمرة وأكثر أهمية من تلك المنجزة شفاهة[2].

والمقصود بالكتابة في هذا المقام ليست الكتابة الرسمية، بل مجرد إيراد الشروط العامة للتعاقد في الوثائق الرسمية التي تصدر؛ سواء عن المتدخل، أو العون الاقتصادي[3]، مثل: الفاتورة، وصل التسليم، أو أي وثيقة أخرى.. الخ[4].

الفرع الثاني: من حيث المحل

على خلاف العديد من التشريعات المقارنة، والتي لم تهتم ببيان موضوع العقد محل الحماية من الشروط التعسفية، فإن المشرع الجزائري قد اشترط بموجب المادة3 الفقرة 4 من القانون السالف الذكر، أن يكون موضوع العقد بيع سلعة أو تأدية خدمة، وهذا ما يتضح من قوله " العقد: كل اتفاق أو اتفاقية تهدف الى بيع سلعة أو تأدية خدمة".

---

[1] هاجر جحودي، عبد الحميد دبار، الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص23.

[2] دبزة عالية نبيلة، حماية المستهلك من البنود التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2022، ص56.

[3] محمد مالكي، الآليات القانونية لحماية المستهلك في القانون المقارن، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث" ل.م.د"، تخصص قانون المنافسة والاستهلاك، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان،2018، ص75.

[4] مليكة محمودي، حسيبة دمني، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت،2017،ص49.

أولا: السلعة

بالرجوع الى نص المادة الثالثة السالفة الذكر، نجد أن المشرع الجزائري استعمل لفظ " سلعة"، بالرغم من أنه جرت العادة على استعماله لمصطلح "منتوج"، فإذا كان المنتوج في مفهومه الواسع يشمل السلعة والخدمة، وفي مفهومه الضيق يشمل السلعة فقط، فأي المفهومين تبنى المشرع الجزائري؟[1].

سنحاول ابراز بعض التعاريف الخاصة بالمنتوج، لتبيان مدى اختلافه عن السلعة فيما يلي:

المنتوج طبقا للمادة 2/2 من المرسوم التنفيذي رقم 39/90 المؤرخ في 30 جانفي 1990 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش هو :" كل شيء منقول مادي يمكن أن يكون موضوع معاملات تجارية"[2] كما عرفت المادة2/2 من المرسوم التنفيذي رقم 90-266 " الملغى" و المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، المنتوج بأنه:" كل ما يقتنيه المستهلك من منتوج مادي أو خدمة".[3]

من خلال هاذين التعريفين يلاحظ أن المشرع الجزائري جاء بتعريف واسع للمنتوج والذي يشمل الخدمة والمنقول المادي، سواء كان جديدا أو مستعملا، وعليه وبحصر المنتوج في المنقول المادي وحده، يعني أن المشرع استبعد العقار من نطاق الأحكام الخاصة بحماية المستهلك، فما مدى اعتبار المعاملات العقارية مجالا للحماية من الشروط التعسفية؟[4].

هناك جانب من الفقه يرى بأن المسكن من الأمور ذات الأهمية لدى الناس، وبالنظر الى أن مسائل بيع المسكن أو ايجاره تخضع لإشراف محترفون متخصصون في هذه المعاملات، أين يلاحظ تفوقهم في العلاقة التعاقدية على المستهلك والذي غالبا ما يكون في وضعية الضعيف الذي يحتاج الى حماية، فمن الخطأ حسبهم قصر العقود المعنية بالحماية على

---

[1] سميحة بداوي، مروى صدراتي، الشروط التعسفية في ظل القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص19.

[2] المرسوم التنفيذي 39/90، المؤرخ في 30 جانفي1990 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، الجريدة الرسمية، العدد05.

[3] المرسوم التنفيذي 90- 266 " الملغى"، المؤرخ في 1990/09/15 ، المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، الجريدة الرسمية، العدد40.

[4] محمد أمين سعدي، المعالم الجديدة للعقد، المرجع السابق، ص337.

عقود بيع السلع فقط [1]، ذلك أن عقود الاستهلاك هي عقود ذات طبيعة متغيرة، ومن ثم فإن القول بإقصاء العقار فيه حرمان لطائفة كبيرة من المستهلكين.

في حين يرى جانب آخر من الفقه، أن ظاهر نصوص القانون رقم 04-02، وكذا نصوص التشريعات المتعلقة بحماية المستهلك متفقة على استبعاد العقار من مجال الحماية، ذلك نتيجة اقتصار النصوص على عبارتي السلع والخدمات وكلاهما مال منقول، ما يؤدي الى حصر مجال الحماية في الأموال المنقولة دون المادية، إضافة الى أن التعامل في العقار يخضع الى أحكام خاصة كتلك المتعلقة بوجوب إفراغ الاتفاقات في شكل رسمي، والشهر في السجل العقاري، وغيرها من الإجراءات التي تعتبر في نظرهم كفيلة لتحقق الحماية للمتعاقد المقبل على مثل هكذا تصرفات[2].

أما بالنسبة "للسلعة" فقد عرفت بموجب المادة الثانية من القانون رقم 89-02 المؤرخ في فبراير 1998 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك{ الملغى} بأنها:" كل منتوج سواء كالشيء المادي أو الخدمة أيا كانت طبيعته"، وهذا التعريف يضيق من مفهوم المنتوج، وأمام هذا التناقض الذي كان حاصلا في التعريفات، أتى القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش حاسما للجدال، حيث عرف في المادة الثالثة الفقرة العاشرة منه، المنتوج بأنه" كل سلعة أو خدمة يمكن أن يكون موضوع تنازل بمقابل أو مجانا"، وبالتالي فان المشرع هنا تبنى المفهوم الواسع للمنتوج ،وعرف السلعة في نفس المادة الفقرة17 بأنها:" كل شيء مادي قابل للتنازل عنه بمقابل أو مجانا"[3].

ثانيا: الخدمة

عرفها الأمر 06/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 في المادة 2 منه أنها:" كل أداء له قيمة اقتصادية"، كما عرفها أيضا القانون03/09 في مادته الثالثة الفقرة السادسة عشر على

[1] محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص81.

[2] محمد أمين سعدي، المرجع السابق، ص337.

[3] سميحة بداوي، مروى صدراتي، الشروط التعسفية في ظل القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، المرجع السابق،ص،ص15- 16.

أنها:" هي كل عمل مقدم غير تسليم السلعة حتى ولو كان هذا التسليم تابعا أو مدعما للخدمة المقدمة"[1].

وعليه فإن مفهوم الخدمة يشمل كل عمل أو أداء قابلا للتقويم بالنقود، سواء كانت هذه الأداءات ذات طابع مادي كالإصلاح والتنظيف، أو ذات طابع مالي كالتأمين والائتمان، أو ذات طبيعة ذهنية أو فكرية كالعناية الطبية، والاستشارات القانونية[2].

وعليه فإن محل عقد الاستهلاك قد يكون سلعة أو خدمة، وهناك من يعتمد على التمييز التقليدي ما بين السلع والخدمات وذلك استنادا الى الخصائص المادية واللامادية لكل منهما، فالسلع تعرف على أنها أشياء مادية أو ملموسة منظورة وقابلة للتخزين، وعلى العكس تتميز الخدمات بأن ليس لها كيان مادي ملموس وغير منظورة وغير قابلة للتخزين، لذا يجب أن يتزامن انتاجها مع استهلاكها.

المبحث الثاني: آليات مكافحة الشروط التعسفية في ضوء التشريعات الحديثة

تتنوع آليات حماية المستهلك من الشروط التعسفية، وتتفق جميعها في أنها تستهدف تحقيق الحماية الفعالة للطرف الضعيف، ومن بين هذه الآليات ما هو وقائي من شأنه الحفاظ على استقرار المعاملات، ومكافحة البنود التعسفية قبل و قوعها(المطلب الأول)، ومنها ما هو علاجي حيث يسعى المشرع من خلالها تكافح ظاهرة الشروط التعسفية بعد وقوعها محاولين بذلك الحد من آثارها(المطلب الثاني) .

المطلب الأول: الآليات الوقائية لمواجهة الشروط التعسفية

لقد تدارك المشرع الجزائري النقص الذي شاب القواعد العامة، من خلال صياغة نصوص قانونية أكثر تحديد وشمول في سبيل محاربة الشروط التعسفية، متأثرا بالنظام الألماني حيث قام بإيراد نظام القائمة لمكافحة البنود التعسفية(الفرع الأول)، وكذا استحداثه لهيئة إدارية من أجل مكافحة البند التعسفي(الفرع الثاني).

---

[1] فريدة عمران، النطاق الشخصي لعقد الاستهلاك في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة،2016، ص20.

[2] محمد عماد الدين عياض، نطاق تطبيق قانون حماية المستهلك وقمع الغش، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد9، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، جوان2013، ص 71.

الفرع الأول: نظام القوائم المحددة للشروط التعسفية

لقد اعتمد المشرع الجزائري في تحديده للشروط التعسفية على أسلوب إعداد قوائم تظم جملة من أهم البنود التعسفية التي تحوز هذه الصفة بقوة القانون، وأخرى تخضع لسلطة التقديرية للقاضي، ولكن قبل التطرق الى أسلوب القوائم المعتمد من قبل المشرع الجزائري، سنبين كل من أسلوب القوائم المعتمد من قبل التشريع الألماني باعتبارهم السباقون في استخدامه(أولا) ثم نبين أسلوب القوائم المعتمد من قبل التشريع الجزائري(ثانيا).

أولا: نظام القوائم في التشريع الألماني

تعتبر ألمانيا من أوائل الدول الأوروبية التي أصدرت قانون يتعلق بالحماية من الشروط التعسفية، ويتمثل هذا القانون في " قانون 9 ديسمبر 1976 المتعلق بالشروط العامة للعقود" و الذي بدأ العمل به في 1 أبريل 1977، حيث يتضمن هذا الأخير قائمتين من الشروط التعسفية، الأولى قائمة سوداء، أين تعتبر الشروط الواردة فيها باطلة بقوة القانون، ولا يكون للقاضي بشأنها أية سلطة تقديرية[1]، والثانية قائمة رمادية، والتي منح للقاضي بصددها سلطة رقابية، بحيث تبقى له سلطة تقديرية في تقدير مدى انطباق وصف التعسف على تلك البنود.

يشمل القسم الأول كما ذكرنا " القائمة السوداء" حيث تتضمن هذه الأخيرة ثمانية أصناف من الشروط الممنوعة، نصت عليها المادة 10 وتتعلق على وجه الخصوص بإطالة آجال التسليم أو تنفيذ التزام المحترف، ونصه على أجل إضافي طويل لتنفيذ التزامه، وحقه في إبطال العقد دون أساس مادي مبرر أو في تعديله، آخذا في الاعتبار مصالحه دون الاكتراث بعدم قبول المستهلك لذللك، وبحقه في المطالبة بتعويضات، ومصاريف مُبالغ فيها في حالة مطالبة المستهلك بإبطال العقد أو بفسخه، وكذلك بحقه في اختيار القانون الأجنبي الواجب التطبيق، أو القانون الوطني الساري المفعول ، إذ لم يبرر هذا الاختيار بوجود مصلحة مشروعة[2] .

أما القسم الثاني فيشمل " القائمة الرمادية" والتي تتضمن عشرة أصناف من البنود التعسفية الباطلة والتي منح القانون للقاضي إمكانية لتقويمها، نصت عليها المادة 11 و تتعلق

---

[1] عامر قاسم أحمد القيسب، الحماية القانونية للمستهلك–دراسة مقارنة في القانون المدني المقارن–، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،2002، ص،ص،148–149.

[2] محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق،ص20.

على وجه الخصوص: بحق المحترف في رفع أسعار المنتجات والخدمات التي لم تسلم أو يوفى ثمنها في خلال مدة 4 أشهر، وباستبعاد أو تحديد حق المستهلك في رفض المنتوج أو الخدمة، أو تحديد الحق في الحبس، وبحرمان المستهلك من خيار اللجوء الى المقاصة في دين له أو عليه، خالي من النزاع أو ثابت في سند نهائي، والإعفاء الكلي أو الجزئي للمحترف من المسؤولية في حالة الخطأ الجسيم أو الخطأ العمد، أو الإهمال الجسيم الصادر من نائبه أو تابعه، واستبعاد أو تحديد حق المتعاقد في المطالبة بالتعويضات المستحقة نتيجة التأخير[1].

ولعل أهم هذه الشروط التعسفية هو ذلك الشرط المتعلق بالضمان، حيث نصت المادة 11 من القانون السابق على تحديد إمكانية مخالفة أحكام الضمان القانوني الذي يعاقب على العيوب اللاحقة بالأشياء المبيعة الجديدة، بموجب الشروط العامة، حيث يعتبر باطلا الشرط الذي يستبعد كليا أو جزئيا الحقوق المحتملة للمستهلك في إصلاح الشيء المبيع أو استبداله، وخاصة في الحالات التي تكون فيها الأشياء المبيعة موردة من قبل الغير، كما يجوز للبائع أن يفرض على المستهلك ضرورة الرجوع أولا على الغير، خاصة إذا كان حاصلا على ضمان من المنتج، ولكن في جميع الأحوال يجب أن يبقى ضمان البائع بصفة احتياطية[2].

هذا ويعترف القانون السابق ، بصحة الشرط الذي يسمح للمحترف بفرض تصليح الشيء المعيب واستبعاد بالتالي خيار الفسخ أو انقاص السعر، ولكن بشرط أن يتضمن الشرط السابق حق المستهلك في المطالبة بالفسخ أو إنقاص السعر في حالة عدم نجاح عملية التصليح، بالإضافة الى أنه يجب على البائع أن يتحمل المصاريف المتعلقة بتصليح الشيء المبيع مثل: مصاريف النقل والتنقل واليد العاملة والأدوات الضرورية، كما تعتبر باطلة مختلف الشروط التي يكون الغرض منها الحيلولة دون ممارسة المستهلك لحقوقه أو عرقلتها، كما هو الحال بالنسبة للشروط التي تربط بين تصليح الشيء المبيع والوفاء بكامل السعر أو بجزء مبالغ فيه، مقارنة بعيوب الشيء مثل: الشرط الذي يفرض أجلا أقصر من الأجل القانوني المتعلق بضمان العيوب الخفية، وهو 6 أشهر تسري من وقت التسليم للإعلان عن وجود العيب[3].

[1] محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 236.

[2] المرجع نفسه، ص21.

[3] محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق،ص21.

ولعل أهمية التفريق بين القائمتين، هو مسألة الإثبات، فبخصوص البنود الواردة في القائمة السوداء فهي كما ذكرنا سابقا باطلة بقوة القانون لمصلحة المستهلك[1]، أما الشروط الواردة في القائمة الرمادية فيفترض فيها الطابع التعسفي، وعلى المحترف إثبات عدم تحقيقها لميزة مفرطة له، إذا ما أراد نفاذ تلك الشروط في مواجه المستهلك[2].

ثانيا: نظام القوائم في التشريع الجزائري

لقد قطع المشرع الجزائري شوطا هاما في مجال مواجهة الشروط التعسفية من خلال تدخله وإصداره لقانون04-02 المؤرخ في 23 يونيو2004، والذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، والذي عدل بموجب القانون رقم 10-06 المؤرخ في 15 أوت 2010، حيث خصص الفصل الخامس منه للممارسات التعاقدية التعسفية، إذ أحدث قائمتين خاصة بالشروط التي تعتبر تعسفية، حدد الأولى بموجب القانون السالف الذكر، وأورد الثانية في المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الذي يحدد "العناصر الأساسية للعقود المبرمة ما بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية".

أ/ القائمة الواردة في القانون02/04:

نصت المادة 29 منه على ما يلي:" تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لا سيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير:

1. أخذ حقوق أو امتيازات لا تقابلها حقوق و / أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك.
2. فرض التزامات فورية و نهائية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد.
3. امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتوج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك.

[1] أرزقي بوعراب، حماية المؤمن له من الشروط التعسفية في عقود التأمين، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر،ص276.

[2] سميرة زوبة، الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2016،ص116.

4. التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاد قرار البث في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية.
5. الزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه.
6. رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالإلتزام أو عدة التزامات في ذمته.
7. التفرد بآجال تسليم منتوج أو آجال تنفيذ خدمة.
8. تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية غير متكافئة"[1].

يستشف من الفقرة الأولى من نص المادة السالفة الذكر أن هذه القائمة وردت على سبيل المثال لا الحصر بدليل عبارة " لا سيما"، ما يضمن بذلك للمستهلك حماية أكبر؛ كون أن القاضي يمكن له أن يعتبر شرطا معينا تعسفيا، بالرغم من عدم تواجده ضمن القائمة الواردة في المادة السالفة الذكر، وعليه يكون بذلك المشرع قد وضع قرينة لصالح الطرف الضعيف، مفادها أن كل شرط ورد في القائمة يعتبر تعسفيا دون حاجة لإثباته [2]،كما فوضت المادة 30 من نفس القانون للتنظيم أمر تحديد شروط تعسفية أخرى، حيث جاء فيها:" بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود، ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية"[3].

أيضا ما يلاحظ على هذه القائمة، أنها تناولت لشروط تعسفية متعلقة بتكوين العقد(الحالة الأولى والثانية)، إلا أنه ما يؤخذ على الحالة الأولى، صعوبة تقدير الحقوق و الإلتزامات، ذلك أن المشرع لم يخصها بمعيار تقاس به، أما الحالة الثانية فهي تحيلنا إلى نص المادة 203 من القانون المدني الجزائري التي تنص على :" يكون الإلتزام معلقا إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل وممكن وقوعه"، أين لم يمنع المشرع من تعليق الالتزام على شرط واقف أو فاسخ، إلا أنه اعتبر تعسفيا كل شرط يتحمل بموجبه المستهلك التزامات فورية، في حين أن تنفيذ الالتزامات الملقاة على

[1] المادة 29 من القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ص،ص،11-12.

[2] عليان عدة، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان،2016، ص307.

[3] إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص89.

عاتق المحترف متروكة لمحض تقديره، وهذا الحكم يقابله نص المادة 205 من القانون المدني التي تنص:" لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم"[1].

أما الشروط الواردة ابتداء من الحالة الثالثة إلى الحالة السابعة، فهي متعلقة بتنفيذ العقد، حيث أتت الحالة الثالثة تجسيدا لما جاء بموجب المادة 106 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على ما يلي:" العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين، أو لأسباب يقررها القانون"، ما يعني أنه يمنع على المحترف التفرد بحق تعديل العقد،؛ لأن في ذلك اعتداء على مبدأ القوة الملزمة للعقد المنصوص عليها في المادة السالفة الذكر، إلا أن الفارق بين الفقرتين هو أنه وفقا للقواعد العامة فلا مانع من إعطاء الحق لأحد أطراف العقد بالإنفراد في تعديله وهذا تكريسا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، مادام الشرط المتفق عليه غير مخالف للنظام العام والآداب العامة[2]، أما بالنسبة للقانون رقم04-02 فإن المشرع قد راعى فيه مسألة عدم التكافؤ بين المتعاقدين، فقضى ببطلان الشرط الذي يمنح للمحترف الحق في تعديل العقد، على أساس أن هكذا شرط قد فرض من قبل شخص يتمتع بالقوة الاقتصادية والفنية مقارنة بالمتعاقد الآخر(المستهلك)، إضافة إلى إنعدام عنصر التفاوض في العملية التعاقدية، لذلك إعتبره تعسفيا وقضى ببطلانه[3].

أما بالنسبة للحالة الرابعة فهي تنقسم إلى نوعين من الشروط، يتعلق الجزء الأول منها بتفرد البائع بحق تفسير شروط العقد، أما الجزء الثاني فهو خاص بالتفرد في اتخاد قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية، والقاسم المشترك بين هاذين النوعيين هو " الإنفرادية" من جهة البائع، أما بالنسبة للجزء الأول من الشرط فإن المادة 111 من القانون المدني تمنح للقاضي سلطة تفسير العقد وليس الأطراف، واستثناء عن الأصل فإنه طبقا للمادة 1/112 من القانون المدني فإن

[1] منال بوروح، النظام العام والعقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص علوم في القانون الخاص، فرع قانون حماية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر1،2019، ص،ص،352 -353.

[2] المرجع نفسه، ص 353.

[3] محمد أمين سعدي، المعالم الجديدة لنظرية العقد في التشريعات الوضعية مقارنة بالفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص344.

تفسير الشك يؤول لمصلحة المدين، حيث حرصت هذه الأخيرة على أن لا يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن؛ لأن تحقق الضرر يؤدي إلى عدم جواز التأويل، ما يعكس نوعا من الموازنة من طرف المشرع في التزامات العقد بين الطرفين، أما بالنسبة للجزء الثاني من الشرط، فترك الحكم بمطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية من عدمها للبائع، يعتبر خرقا صريحا لحق المستهلك في المطالبة بتنفيذ البائع لإلتزاماته، في الوقت الذي يُلزم فيه المستهلك بتنفيذ التزاماته وفقا لتحقق "المطابقة"، الأمر الذي يشكل مساسا خطيرا بالتوازن العقدي[1].

أما بخصوص الحالة الخامسة فهي تخص مبدأ التنفيذ التقابلي للإلتزامات في العقود الملزمة للجانبين، وحق كل طرف في الإمتناع عن التنفيذ في حال امتناع الطرف الثاني عن التنفيذ، حيث يعد شرطا تعسفيا كل بند يكون مضمونه الزام المستهلك بتنفيذ التزاماته، كون أن هذا الأمر فيه اعتداء على مبدأ القوة الملزمة للعقد، وكذا تعارضه مع فكرة تقابل الالتزامات في مثل هكذا عقود– العقود الملزمة لجانبين–، بالنسبة للحالة السابعة فهي أيضا تنص على التفرد بتغيير أجل تسليم المنتوج أو تنفيذ الخدمة، فهي تأخذ حكم الحالة الثالثة المذكورة سلفا[2].

أما بخصوص انحلال العقد، فقد ورد في هذا الشأن نوعان من الشروط أولهما: تضمنته الحالة السادسة والتي حضرت كل بند من شأنه تعجيز المستهلك من فسخ العقد، أما ثانيهما: فقد نصت عليه الحالة الثامنة والتي قضى فيها المشرع باعتبار الشرط تعسفيا متى أعطى الحق للمحترف بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لبنود جديدة غير متكافئة[3]، حيث يرى بعض الفقهاء أن هذا الشرط يرد غالبا في العقود طويلة المدى لا في العقود الفورية[4].

---

[1] زكرياء بوعون، آليات حماية المستهلك في القانون الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الطور الثالث " ل،م،د"، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة،2017،ص،ص151–152.

[2] منال بوروح، النظام العام والعقد، المرجع السابق، ص354.

[3] محمد أمين سعدي، المعالم الجديدة لنظرية العقد في التشريعات الوضعية مقارنة بالفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص345.

[4] زكرياء بوعون ، آليات حماية المستهلك في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص155.

ب/ القائمة الواردة في التنظيم:

صدر المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة ما بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية ، بهدف تطبيق أحكام المادة 30 من القانون 04-02، حيث نص على البنود التي تعتبر تعسفية في المادة 5 من المرسوم والتي تنص على ما يلي:" تعتبر تعسفية، البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يلي:

- تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 2 و3 أعلاه.
- الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة، بدون تعويض للمستهلك،
- عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد، إلا بمقابل دفع تعويض،
- التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته،
- النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده،
- فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد،
- الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه،
- تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته،
- فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك،
- الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق،
- يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته،

- يحمل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته"[1].

وعليه يمكن القول إن ما نص عليه المشرع الجزائري ضمن المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 يمكن إدراجه ضمن القائمة السوداء، بالرغم من أنه لم ينص على بطلان هذه الشروط وأنها تعتبر كأنها غير مكتوبة، مثلما قام المشرع الألماني في المادة العاشرة من التشريع الصادر في 1976، ذلك أن ما نص عليه المشرع من إعتبار قائمة البنود المنصوص عليها في المادة 5 تعسفيةٌ، لا يكون أمام القاضي إلا أن يحكم ببطلانها وليس له سلطة تقديرية فيها، لأنها محظورة بموجب المادة 30 من قانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية السالف الذكر[2].

إضافة إلى أن هذه القائمة تعتبر إلزامية للمحترف، حيث لا يستطيع هذا الأخير إثبات عدم وجود الطابع التعسفي في شرط من الشروط الموجودة في القائمة، وقد ذكرت هذه الأخيرة على سبيل المثال لا الحصر مثل سابقتها[3].

وقد أحسن المشرع حينما لم يحصرها، لما في ذلك من تعزيز لحماية المستهلك، أين يمكن للقاضي اعتبار أي شرط معين شرطا تعسفيا، حتى ولو لم يرد ضمن القائمة المحددة من قبل التشريع، كما أن معرفة المستهلك للبنود التعسفية التي نص عليها المشرع في القائمتين السالفتين الذكر، من شأنه تعزيز الوعي الإستهلاكي لديه، حيث يتمكن من الاعتراض عليها، مما ينتج عنه توازنا بين طرفي العقد.

إلا أن بعض الفقهاء الجزائريين، قد انتقدوا أسلوب القائمة السوداء المتبع من قبل المشرع في مكافحة الشروط التعسفية، لأنه حسبهم هذا التوجه يتعارض مع المعيار المتخذ من قبل المشرع في تقدير البند التعسفي بموجب المادة 3 الفقرة 5 من القانون 04-02، فحسب هذه الأخيرة فإنه يشترط لاعتبار الشرط تعسفيا الإخلال بالتوازن بين حقوق والتزامات طرفي العقد، حيث يقدر هذا الأخير بالنظر إلى مجموع العقد ككل وليس لكل شرط على حدة، وعليه فإن هذا المعيار يتعارض مع أسلوب القائمة السوداء والذي يتم فيها تحديد البنود التعسفية بصورة نوعا ما جامدة[4].

---

[1] المادة5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، المؤرخ في 18 شعبان 1427، الموافق ل 11 سبتمبر 2006، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين العون الاقتصادي والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الجريدة الرسمية، العدد 56،ص، ص،17-18.

[2] فلة مكي، حماية الطرف الضعيف في عقد الاستهلاك، المرجع السابق، ص 265.

[3] المرجع نفسه، ص 264.

[4] شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص 422.

إلا أن هذا الرأي المُنتقد لأسلوب القوائم، تم الرد عليه، حيث أن تبني أسلوب القائمة السوداء لا يشكل تعارضا أو خروجا عن المعيار المعتمد من قبل المشرع الجزائري- معيار الإخلال الظاهر بحقوق والتزامات طرفي العقد-، وغاية ما في الأمر أن وضع هذه القائمة السوداء مفاده افتراض الطبيعة التعسفية لتلك البنود، افتراضا قاطعا لا يقبل إثبات العكس، لأن المشرع إفترض أن وجود تلك الشروط لا يمكن معه إلا تصور إخلال ظاهر بحقوق والتزامات الطرفين، أما ما دون الشروط الواردة في القائمة السوداء، فإنها تبقى خاضعة للمعيار المعتمد من قبل المشرع الجزائري في تقدير الطابع التعسفي[1].

الفرع الثاني: دور الهيئات الإدارية في مكافحة الشروط التعسفية(لجنة البنود التعسفية)

أنشأ المشرع الجزائري لجنة البنود التعسفية[2]، كإحدى الطرق الحديثة المنتهجة في رقابة و تحديد الشروط التي تتضمن تعسفا؛ لضمان فعالية أكثر في حماية المستهلك، تتكون هذه اللجنة من أشخاص مؤهلين ومختصين، حيث تم تحديد قواعد سيرها من قبل القانون؛ فهي تقوم بالبحث عن البنود التعسفية في نماذج العقود، وتقترح حذفها، أو تعديلها في إطار توصيات، كما تعمل على مساعدة الأطراف الأخرى الفاعلة في مجال حماية المستهلك، وعليه ولتعرف أكثر على هذه الهيئة؛ لا بد من التطرق الى تكوين اللجنة، وطبيعتها القانونية (أولا)ثم التعرف أكثر على مهامها وكيفية تسيرها(ثانيا) .

أولا: تكوين لجنة البنود التعسفية وطبيعتها القانونية

تعرف لجنة البنود التعسفية، بأنها" عبارة عن تنظيم قانوني-أوجده المشرع الفرنسي- بالإضافة الى الأنظمة القانونية الأخرى-القضاء-، لدعم الحماية المرجوة لمصالح المستهلكين المعرضة للإعتداء من جانب المهنين الذين يرتبطون مع الأولين بعقود استهلاك يغلب عليها طابع عقود

[1] محمد أمين سعدي، المعالم الجديدة لنظرية العقد في التشريعات الوضعية مقارنة بالفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص349.

[2] تنص المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة ما بين الأعوان الاقتصادين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية على أنه:" تنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة لجنة البنود التعسفية ذات طابع استشاري وتدعى في صلب النص اللجنة.."

الإذعان"[1]، فهي جهة إدارية استشارية تقنية مختصة في محاربة الشروط التعسفية منشئة بموجب المرسوم التنفيذي 06-306 اسالف الذكر[2].

يؤخذ على هذا التعريف حصره للشروط التعسفية في عقد الإذعان، ثم أن المشرع الفرنسي حصرها في عقود الإستهلاك ، فلم يتبين كيفية تحقيق الحماية من قبل هذه اللجنة.

ولتعرف أكثر على هذه اللجنة نتطرق الى تكوينها(أ) والى طبيعتها القانونية(ب) .

أ/ تكوين لجنة البنود التعسفية:

نصت المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 على تشكيلة اللجنة حيث جاء في مضمون المادة ما يلي :" تتكون اللجنة من الأعضاء الآتي ذكرهم:

- ممثل(01) عن الوزير المكلف بالتجارة، مختص في مجال الممارسات التجارية، رئيسا
- ممثل(01)عن وزير العدل، مختص في قانون العقود،
- عضو(01) من مجلس المنافسة
- متعاملين اقتصاديين(2) عضوين في الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة ومؤهلين في قانون الأعمال والعقود،
- ممثلين(2)عن جمعيات حماية المستهلكين ذات طابع وطني، مؤهلين في مجال قانون الأعمال والعقود،

وأضافة نفس المادة أنه يمكن لهذه اللجنة الاستعانة بأي شخص آخر بوسعه أن يفيدها في أعمالها"[3].

[1] إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية –دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الاستهلاك- ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2014،ص150.

[2] نصيرة زوطاط، دور لجنة البنود التعسفية في حماية المستهلك، مجلة القانون الدولي والتنمية، المجلد7، العدد1، جامعة وهران2، جوان2019،ص،ص30-31.

[3] المادة 8 من المرسوم التنفيذي 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة ما بين الأعوان الاقتصادين و المستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

إلا أن تشكيلة هذه اللجنة أعيد ضبطها بموجب المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 08-44 التي عدلت المادة 8 من المرسوم التنفيذي 06-306 السالف الذكر والتي نصت على ما يلي:" تتكون اللجنة من خمسة(5) أعضاء دائمين وخمسة عضاء مستخلفين يتوزعون كما يأتي:

- ممثلان(2) عن الوزير المكلف بالتجارة مختصان في مجال الممارسات التجارية،
- ممثلان(2)عن وزير العدل حافظ الأختام، مختصان في قانون العقود،
- ممثلان(2)عن مجلس المنافسة،
- متعاملان اقتصاديان (2) يمثلان الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة، مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود،
- ممثلان(2) عن جمعيات حماية المستهلكين، مؤهلان في مجال قانون الأعمال و العقود؛

يمكن للجنة الاستعانة بأي شخص آخر يمكن أن يفيدها في أعمالها"[1].

ما يلاحظ على التشكيلة الجديدة التي خص بها المشرع اللجنة، وهو إضافة لكل عضو رئيسي، عضو احتياطي ينوبه في حالة غيابه، وهذا ضمان لعدم عرقلة مهامها مستقبلا، أيضا تم الغاء الشرط الوارد عن ممثل جمعيات حماية المستهلك، الذي يتطلب فيها أن يكونا منتمين لجمعية وطنية.

ب/ طبيعتها القانونية:

لقد حددت المادة 6 من المرسوم التنفيذي 06-306 السالف الذكر، الطبيعة القانونية لهذه اللجنة وذلك بقولها:" تنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة لجنة البنود التعسفية ذات طابع استشاري، وتدعى في صلب النص " اللجنة" "، من خلال هذا النص يتضح أن لجنة الشروط التعسفية، هي جهاز إداري استشاري؛ على أساس أنها تنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة، مما يعني أنها جهاز تابع لوزارة التجارة،

[1] المادة 2 من المرسوم التنفيذي 08-44 المؤرخ في 26 محرم 1429، الموافق ل 3 فبراير 2008، المعدل و المتمم، للمرسوم التنفيذي 06-306، المؤرخ في 17 شعبان 1427، الموافق ل10 سبتمبر 2006، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة ما بين الأعوان الاقتصادين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الجريدة الرسمية، العدد 7،ص،ص،17- 18.

لا يتمتع بالاستقلالية، فبرغم من أنها تنشط في المجال الاقتصادي، إلا أن هذه التبعية تنفي اعتبارها سلطة من السلطات الإدارية [1] .

ثانيا: مهام اللجنة وكيفية تسيرها

نظرا للدور الهام الذي تلعبه لجنة البنود التعسفية؛ في تحقيق التوازن العقدي، سنحاول التعرض لمهامها بالترتيب (أ)، ثم بيان كيفية تسيرها(ب).

أ/ مهام لجنة البنود التعسفية:

تنصب مهام اللجنة على البحث في جميع العقود التي يبرمها الأعوان الاقتصاديون مع المستهلكين والبنود ذات الطابع التعسفي كما تتكلف بإعداد توصيات تبلغ إلى وزير التجارة والمؤسسات المعنية، كما يمكنها أن تقوم بجميع الدراسات أو الخبرة المتعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين[2]؛ حيث نصت المادة 7 من المرسوم التنفيذي 06-306 على أهم اختصاصات لجنة البنود التعسفية بقولها:" تكلف اللجنة لا سيما بالمهام التالية:" تبحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين والبنود ذات الطابع التعسفي، كما تصيغ توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية؛ يمكن أن تقوم بكل دراسة و/أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين؛ يمكنها مباشرة كل عمل آخر يدخل في مجال اختصاصها"[3].

ما يلاحظ على نص المادة السالفة الذكر، أنها لم تحدد مهام لجنة البنود التعسفية على سبيل الحصر، بل تركت الفقرة الأخيرة منها باب الاختصاص مفتوحا بشأن إمكانية قيام اللجنة بمباشرة كل عمل آخر ترى أنه ينطوي ضمن مجال اختصاصها، أيضا ما يبرهن ورود اختصاصاتها على سبيل الاستدلال لا الحصر، هو عبارة" لا سيما" الواردة في بداية النص، أما بالنسبة لدورها فلها دور مزدوج

[1] إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، المرجع السابق،ص،132.

[2] نادية فضيل، الممارسات التجارية في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، بيت الأفكار للنشر، الجزائر،2021،ص ،ص145 -146.

[3] المادة7 من المرسوم التنفيذي 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة ما بين الأعوان الاقتصادين و المستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

حيث تقوم بإقصاء البنود التعسفية الموجودة في نماذج العقود، قبل عرضها على التعاقد، إضافة لتلك التي تم تضمينها في عقود الإستهلاك أو عقود الإذعان[1].

إلا أنه طرح إشكال بين الباحثين فيما يخص **مدى إلزامية التوصيات** الصادرة عن اللجنة؟

بالنسبة لفرنسا، فقد إعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن قرارات اللجنة ليست آمرة، كما أنها ليست قرارات إدارية ولا يمكن أن تكون محل طعن، فتساءل البعض عن فائدة هذه التوصيات مادام أنها ليست إلزامية؟ فأجاب بعض الفقه الفرنسي؛ أنه بالرغم من إفتقار آراء اللجنة لطابع الإلزام إلا أنها تُشكل ضغطا نفسيا على فئة المتدخلين خاصة إذا لاقت الدعاية الواسعة، ويُضيف البعض الآخر، إلى أن هذه التوصيات تلعب دورا وقائيا في إحاطة أطراف العقد بأنواع الشروط التعسفية[2].

ب/ كيفية تسييرها:

تجتمع اللجنة مرة على الأقل كل ثلاثة أشهر في دورة عادية، باستدعاء من رئيسها[3]، وذلك للنظر في الموضوعات المحالة إليها من وزير التجارة أو من جمعيات حماية المستهلكين أو من الجمعيات المهنية[4]، كما يمكنها أن تجتمع في دورة إستثنائية بمبادرة من رئيسها أو بطلب من نصف أعضائها، ورغم ذلك يمكن للجنة أن تجتمع بعد ثمانية أيام بصفة صحيحة، بعد استدعاء ثان حتى و إن لم يكتمل النصاب، وتُداول مهما كان عدد الأعضاء الحاضرين[5]، ولا يتعقد الاجتماع في الحالتين إلا بعد إرسال استدعاءات فردية من الرئيس إلى الأعضاء، يُحدد فيها تاريخ الاجتماع بدقة وجدول الأعمال المقرر لذلك الاجتماع، كل هذه العملية تتم قبل 15 يوم على الأقل من التاريخ المحدد للإجتماع كأصل عام، تقوم اللجنة بإتخاذ قراراتها بأغلبية أصوات الحاضرين، مع ترجيح صوت

[1] د/محمد اعمارة صوالح ، د/ نورة جبارة، دور لجنة البنود التعسفية في حماية المستهلك من التعسف– دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والجزائري–، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد5، العدد2، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، أكتوبر 2021،ص176.

[2] نصيرة زوطاط، دور لجنة البنود التعسفية في حماية المستهلك، المرجع السابق، ص، ص، 38–39.

[3] نادية فضيل، الممارسات التجارية في القانون الجزائري، المرجع السابق،ص145.

[4] سفيان سوالم، الحماية القانونية للمتعاقد من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، العدد4، جامعة محمد الشريف مساعدية، سوق أهراس، جوان2016، ص134.

[5] نادية فضيل، الممارسات التجارية في القانون الجزائري، المرجع السابق،ص145.

الرئيس في حال تعادلها، و تختم المداولات بإعداد محاضر مرقمة ومرتبة وموقعة من طرف رئيسها و أعضائها[1].

بالنسبة لمسألة إخطار اللجنة فقد نصت المادة 11 من المرسوم التنفيذي 06-306 السالف الذكر على ما يلي :" يمكن للجنة أن تُخطر من تلقاء نفسها أو تُخطر من طرف الوزير المكلف بالتجارة ومن طرف كل إدارة و كل جمعية مهنية وكل جمعية حماية المستهلكين أو كل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك" ؛ من خلال العبارة الأخيرة الواردة في المادة-كل مؤسسة أخرى لها مصلحة- يُستخلص أن المشرع قد أعطى حق الإخطار لإنعقاد اجتماعات اللجنة للأشخاص المعنوية فقط، كما أنه لم يحصر الهيئات التي يجوز لها الإخطار بإنعقاد لجنة البنود التعسفية مما يترك المجال مفتوحا لأي مؤسسة للقيام بعملية الإخطار[2].

المطلب الثاني: الآليات العلاجية لمواجهة الشروط التعسفية

أضحت حماية المستهلك اليوم في مقدمة الواجبات الأساسية للدولة المعاصرة، إذ تعكس قيمة الإنسان والمواطن لدى الدولة، فحماية الطرف الأضعف في معترك حياته الاقتصادية، وفي ظل اللامساواة بين الأطراف المتعاقدة، تدخلت الدولة من خلال بسط سلطتها عن طريق فرض جزاءات جزائية لكل من يدرج بنودا تعسفية في العقد وكذا جزاء مدني ، إضافة إلى توفيرها لهيئة تمثل الطرف الضعيف لدى الجهات القضائية.

بناء على ذلك سنبرز أهم الجزاءات المرصودة لمكافحة الشرط التعسفي (الفرع الأول) ثم نبين دور جمعيات حماية المستهلك في مكافحة البنود التعسفية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الجزاءات المرصودة لمقاومة الشروط التعسفية

لقد أقر المشرع الجزائري في سبيل مواجهة الممارسات التعاقدية التعسفية، جزاءات مختلفة وفي نصوص قانونية متعددة، سواء تعلق الأمر بتلك القواعد الواردة في نصوص القانون المدني، أو حتى

[1] إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، المرجع السابق،ص،ص،137-138.

[2] محمد أمين سعدي، المعالم الجديدة لنظرية العقد في التشريعات الوضعية مقارنة بالفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص354.

بالنص على قواعد محددة في قوانين خاصة، يضل الهدف منها التصدي لكل ما يهدد مركز المستهلك الضعيف.

وتبعا لذلك سنعرض كل من الجزاء المدني(أولا) ثم نتطرق الى الجزاء الجزائي(ثانيا).

أولا: الجزاء المدني

سنتطرق إلى الجزاء المدني في التشريعات المقارنة(أ) كون هذه الأخيرة قد أتت بنص صريح و واضح ينص على الجزاء المدني، ثم نبين مدى إمكانية إعمال هذا الجزاء المدني في التشريع الجزائري(ب) والذي تباينت الآراء الفقهية بخصوصه.

أ/ الجزاء المدني في التشريعات المقارنة:

لقد أقرت الكثير من التشريعات الحديثة، ومن بينها التشريع الألماني بموجب المادة 6 من القانون 1976 على جزاء وجود بنود تعسفية في العقد والمتمثل في بطلان الشرط مع بقاء العقد صحيحا[1]، وكذلك نصت المادة ل.241-01 الفقرة 1 من قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 2021 على الجزاء المدني، والتي جاء فيها:" الشروط التعسفية تعتبر كأن لم تكن"[2]، ثم بينت الفقرة 2 من المادة نفسها أن الجزاء يلحق البنود التعسفية فقط ، دون العقد، حيث جاء فيها:" يبقى العقد ساريا بالنسبة لكل أحكامه إلا التي حكم بأنها تعسفية، إذا كان من الممكن استمرار العقد بدونها"[3].

من خلال هذه المادة، يتضح أن المشرع الفرنسي وباقي التشريعات المقارنة، قد نصت على بطلان كل شرط من شأنه إحداث اخلال في أداءات طرفي العقد ، مع الإبقاء على باقي أجزاء العقد، متى كان ذلك ممكنا، حيث أن إعمال هذا الجزاء يترتب عنه تحقيق ميزتين وهما : معاقبة المحترف على

[1] حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على الشروط العقد، ظاهرة اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية في ظل انتشار الشروط التعسفية، دراسة مقارنة بين القانون المصري وقانون دولة الامارات و القوانين الأوروبية مع إشارة للقوانين الأنجلو أمريكية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996 ، ص 284.

[2] L.241-1/1 dispose: "les clauses abusives sont réputées non écrites"

[3] L.241-1/2 dispose: "le contrat reste applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugée abusives s il peut subsister sans ces clauses"

إيراده لبنود تعسفية و إنقاذ العقد من خلال إبطال الشرط فقط[1]؛ فالبطلان النسبي هو الذي يتلاءم ومصلحة المستهلك؛ إذ ليس من مصلحته الحكم ببطلان العقد برمته؛ لأنه يؤدي إلى حرمانه من الإستفادة من السلعة أو الخدمة موضوع العقد الباطل والتي لا غنى له عنها[2]، أما بالنسبة للمحترف فإن هذا الجزاء يتعارض مع مصلحته كطرف قوي في العلاقة يسعى إلى فرض بنود تعسفية تخدم مصالحه، وعليه فهذه المصالح تصبح مهددة بالضياع في حالة إبطال تلك البنود، لذلك دائما ما يسعى المحترف إلى إبطال العقد برمته في حالة عدم نفاذ الشرط التعسفي في مواجهة المستهلك؛ فهذا الجزاء يعزز حماية المستهلك لأنه يمنع المحترف من التملص من التزاماته العقدية عن طريق إبطال العقد بأكمله[3].

وإن كان الفقه قد إتفق على أن المقصود بعبارة غير مكتوب؛ هو البطلان، لكن الاختلاف الذي وقع بين جمهور الفقهاء هو حول طبيعة هذا البطلان؛ أهو بطلان مطلق؟ أم بطلان نسبي؟

حيث ذهب جانب من الفقه في تكييف البطلان على أنه مطلق، أنه يمنح الحق لكل من له مصلحة في التمسك به، على غرار جمعية حماية المستهلكين التي لها الحق في رفع دعوى حذف البنود التعسفية الواردة في عقود الإستهلاك، ذلك أنه لو اشترط على المستهلكين رفع دعواهم بمفردهم، لتقاعسوا عن رفعها بسبب جهل المستهلكين بالنصوص القانونية التي تمنحهم الحق في رفع الدعوى، إضافة إلى ترددهم عن رفعها؛ لكثرة المصاريف وطول الإجراءات، خاصة إذا كان محل التعاقد لا يشكل قيمة كبيرة[4].

في حين يرى الاتجاه الآخر من الفقه، أن المقصود بعبارة" غير مكتوب" هو البطلان الجزئي للشروط فقط، مع بقاء العقد قائما في ما تبقى من شروطه[5]؛ باعتبار أن " المصلحة" هي معيار

---

[1] محمد أمين سعدي، المعالم الجديدة لنظرية العقد في التشريعات الوضعية مقارنة بالفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص، ص،360 – 361.

[2] مليكة جامع، حماية المستهلك المعلوماتي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2018، ص 98.

[3] إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص، ص، 158–159.

[4] سميرة زوبة، الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد، المرجع السابق، ص 139.

[5] محمد أمين سعدي، المعالم الجديدة لنظرية العقد في التشريعات الوضعية مقارنة بالفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 362.

التمييز بين البطلان المطلق والنسبي؛ إذ يكون البطلان مطلقا إذا مس الخلل المصلحة العامة؛ باعتبارها مسألة جوهرية ، بينما يكون بطلان نسبي إذا كان الخلل يمس المصلحة الخاصة التي تشكل مسألة غير جوهرية تنصب على التزامات ثانوية[1].

حيث ينطلق أنصار هذا الاتجاه من التمييز بين النظام العام التوجيهي، والذي يهدف إلى المساهمة في توجيه الاقتصاد الوطني عن طريق حذف ما يعارض هذا التوجيه من العقود الخاصة، كالتشريعات المتعلقة بالسياسة النقدية؛ فهو يسعى لحماية المصلحة العامة التي تعلو على مصلحة الأفراد، أما النظام العام الحمائي، فنجده يهتم بحماية مصالح الطرف الضعيف اقتصاديا في بعض العقود، وعليه فإذا كانت الطبيعة القانونية للنصوص المتعلقة بمكافحة البنود التعسفية ذات طابع توجيهي، فإن البطلان سيكون مطلقا، أما إذا كانت ذات طابع حمائي فإن البطلان سيكون نسبيا لفائدة المستهلك[2]، فتضمين المحترفين لبنود تعسفية بعقودهم، يعتبر خرقا لقواعد النظام العام الحمائي؛ وليس النظام العام التوجيهي، فجزاء خرق قواعد النظام العام الحمائي، هو البطلان النسبي وليس المطلق.

كما أن المشرع يهدف إلى حماية المستهلك، وهذا ما يتماشى مع منطق البطلان النسبي الذي يهدف لحماية المصالح الخاصة للأفراد، ما يترتب على ذلك عدم جواز مباشرة الدعوى إلا من طرف الشخص الذي أراد المشرع حمايته، بالإضافة إلى أن البطلان لا يمس العقد بأكمله، بل تقتصر على الشرط فقط[3].

ويشير جانب آخر من الفقه، إلى أن هناك قواعد تتوسط القواعد المتعلقة بالنظام العام الاقتصادي الحمائي والتوجيهي، وهي قواعد تتعلق بالنظام العام الاقتصادي الحمائي للمصلحة الجماعية، التي تهتم بفئة معينة من المتعاقدين، كفئة المستهلكين؛ بمعنى أن هناك نظام عام حمائي اقتصادي يحمي مصلحة جماعية، كدعاوى التي تقيمها جمعيات حماية المستهلك أو النقابات، إلا أن

[1] ياسين سعدون، آثر الظروف الاقتصادية على العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث ل.م.د في القانون الوضعي، تخصص القانون الخاص الداخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018، ص 204.

[2] سميرة زوبة، الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد، المرجع السابق، ص 140.

[3] أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 386.

هناك نتائج تقنية ترتبت على مفهوم المصلحة الجماعية، فيما يتعلق بالبطلان؛ إذ يجوز إثارته من قبل أشخاص آخرين غير المستهلك، ممن لهم مصلحة في ذلك؛ مثل جمعيات حماية المستهلك، فالقواعد المتعلقة بالنظام العام الحمائي للمصلحة الجماعية هي قواعد آمرة تُفرض على الأفراد، بخلاف القواعد الحمائية للمصلحة الفردية[1]، والتي تنص على أحكام جزئية تخص المصلحة الخاصة، وبالتالي يبقى على صاحب المصلحة التمسك بها، ومن ثم في حال تضمن عقد معين؛ وخاصة في مجال العقود النموذجية بنودا تعسفية، وتوفرت المصلحة الجماعية في الدعوى المُقامة، جاز للقضاء إثارة الطابع التعسفي للبند من تلقاء نفسه، مع مراعاة مبدأ وجاهية المحاكمة[2].

ب/ الجزاء المدني في التشريع الجزائري:

على خلاف التشريع الفرنسي، وباقي التشريعات المقارنة، فإن المشرع الجزائري قد فاته تحديد الجزاء المدني الواجب التطبيق بشأن النزاعات المتعلقة بالشروط التعسفية التي نظمها قانون الممارسات التجارية، وعليه وفي ظل غياب النص نشأ جدال فقهي حول إمكانية تطبيق الجزاء المدني بالرغم من خلو النصوص التشريعية من الحكم به، مما أدى بروز إتجاهين فقهيين في هذا الصدد، محاولا كل منهما تفسير هذا الغموض.

حيث يرى البعض[3]، أنه في ظل غياب نص يشير إلى الجزاء المدني لوجود البنود التعسفية في العقود لا دور للقضاء في هذه الحالة، إضافة إلى استحالة تطبيق القواعد العامة الموجودة في القانون المدني- المادة110- لأن هذا التفسير يتعارض مع نص المادة 29 من القانون 04-02 والتي نصت على القائمة السوداء، أين تنعدم سلطة القاضي التقديرية فيها، على عكس المادة 110 من القانون المدني ، والتي يستطيع القاضي بموجبها أن يمارس سلطته التقديرية على نطاق واسع فيما يتعلق بالبنود التعسفية، كما أن سلطة القاضي في ظل القانون المدني هي سلطة جوازية وليست إلزامية؛ أين يجوز للقاضي أن يُبقي على الأصل، والمتمثل في القوة الملزمة للعقد، ولا يستعمل رخصته القانونية، وعليه فانعدام النص الخاص بالجزاء المدني، يُعتبر سهوا من واضعي القانون، ما يستوجب عليهم

[1] فاطمة الزهراء زيتوني، مبدأ حسن النية في العقود، المرجع السابق، ص 306.

[2] ريما فرج مكي، تصحيح العقد، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2021، ص 77.

[3] أحمد بعجي، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث، تخصص القانون المدني وقانون التأمين، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2019، ص229.

تدارك النقص، بالنص على بطلان البنود التعسفية مع بقاء العقد صحيحا[1]، لأنه الجزاء–الجزاء المدني– هو الجزاء الأصلي للعلاقات التعاقدية، ومن جهة أخرى فإن إقرار بطلان البند دون العقد يُعتب إحدى الاتجاهات الحالية لحماية المتعاقد الضعيف، لما فيه من أهمية في الإبقاء على الرابطة العقدية والمحافظة عليها من الزوال، كما أن تكريس الجزاء المدني سيسمح بتعميم حلول مواجهة الشروط التعسفية ضمن النظرية العامة للعقد، مع أنها منظمة، بالإضافة إلى معيار الاخلال الظاهر في أداءات طرفين.

وخلافا للآراء الفقهية السابقة، يرى جانب آخر من الفقه؛ أن إغفال تحديد الجزاء المدني المترتب عن البنود التعسفية، لا يعني بالضرورة انعدامه؛ اذ أن هذا الجزاء يمكن استخلاصه ضمنيا من مجمل نصوص قانون الممارسات التجارية، على سبيل التحديد نص المادة1 من قانون الممارسات التجارية، والتي جاء فيها:" يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد و مبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي يقوم بها الأعوان الاقتصادين وبين هؤلاء والمستهلكين وكذا حماية المستهلك واعلامه".

فهو يرى من خلال هذا النص أن المشرع يهدف من وراء إصداره للقانون 04–02 إلى حماية المستهلك من كطافة أشكال الممارسات غير الشفافة أو غير النزيهة، مما يعني أن هذه النصوص من القواعد الآمرة التي لا يجوز مخالفتها لتعلقها بالنظام العام للحماية، وكل اتفاق على ذلك فهو باطل، وما يؤكد هذا الفرض؛ نص المشرع على عقوبات جزائية في حالة مخالفة أحكام القانون السالف الذكر، وكما هو معلوم فإن تقرير العقوبة الجزائية هو جزاء ملازم لأفعال تمس بالنظام العام و الآداب[2]، وعليه لا يمكن ترتيب عقوبة جزائية تمس بمصلحة الأفراد دون وجود جزاء مدني، حيث أن ما يثبت وجود الجزاء المدني، هو تولي المشرع الجزائري تعريف الشرط التعسفي، وكذا تحديد معياره، الأمر الذي لا يتصور أن ينزع به المشرع للقاضي سلطته في تقدير الطابع التعسفي.

أيضا يمكن استخلاص الجزاء المدني من خلال استقراء المادة 30 من القانون 04–02 و التي تنص على ما يلي:" بهدف حماية المستهلك وحقوقه يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود

[1] محمد أمين سعدي، المعالم الجديدة لنظرية العقد في التشريعات الوضعية مقارنة بالفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 364.

[2] محمد كرفة خليفة، الجزاء المدني للشرط التعسفي بين أحكام النظرية العامة للعقد وتشريعات الاستهلاك، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد6، العدد1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، ديسمبر2020، ص 282.

المبرمة عن طريق التنظيم، و كذا **منع** العمل في مختلف العقود، ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية"، فالمشرع هنا استعمل عبارة " **المنع**"، أي الحظر الذي يترتب عنه حسب القواعد العامة، البطلان[1].

وفي السياق نفسه يرى اتجاه آخر، أن هذا الفراغ القانوني–عدم النص على الجزاء المدني–، لا يعتبر مانعا للقاضي من الحكم بالبطلان؛ لأنه حسب الفقه الحديث يجوز القضاء بالبطلان ولو بدون نص، إذا كانت المصلحة التي يريد القانون المحافظة عليها مهمة؛ تصلح كتبرير لهذا الجزاء، ومما لا شك، أن حماية المستهلك من خلال إعادة التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد، يعد مصلحة مُبررة لبطلان الشرط التعسفي، بدليل أن المشرع أجاز بموجب المادة 65 من قانون الممارسات، لجمعيات حماية المستهلك والجمعيات المهنية المنشأة طبقا للقانون، ولكل شخص طبيعي أو معنوي له مصلحة، القيام برفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام الممارسات التجارية[2].

كما أن المشرع بعدم إيراده للجزاء المدني للبنود التعسفية في القانون 04-02، يكون قد فضل إحداث تكامل بين قواعد هذا القانون وقواعد القانون المدني، ذلك من خلال مد صفة الإذعان إلى عقود الاستهلاك، الأمر الذي من شأنه أن يحقق للمستهلك صراحة نوعا من الحماية التي تقررها نصوص القانون المدني للطرف المذعن من خلال أحكام المادة 110 منه، والتي تمنح للقاضي سلطة تعديل البنود التعسفية، إضافة إلى إمكانية استفادة المستهلك من أحكام المادتين 184 و 185 من القانون المدني فيما يخص الشرط الجزائي[3].

من جانبنا، فإننا نرى أنه لا بأس في عدم إدراج جزاء مدني في القانون04-02، لاعتبار أنه منصوص عليه في القانون المدني في المادة 110 منه والذي يعتبر الشريعة العامة، ويرجع إليه دائما في حالة غياب نص في التقنينات الخاصة، إلا أنه من المستحسن إدراجه في القانون 04-02 لإعتبار أنه أتى ليُتم النقائص الموجودة في القواعد العامة ويوفر الحماية الكاملة للمستهلك.

---

[1] محمد كرفة خليفة، الجزاء المدني للشرط التعسفي بين أحكام النظرية العامة للعقد وتشريعات الإستهلاك، المرجع السابق،ص282.

[2] شوقي بناسي، آثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص، ص، 439 – 440.

[3] إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص، ص، 176-177.

ثانيا: الجزاء الجنائي

لقد أقر المشرع الجزائري العقوبة الجزائية لمكافحة البنود التعسفية في عقود الاستهلاك، في القانون 02/04، والمتمثلة في فرض غرامة مالية على العون الاقتصادي، كعقوبة أصلية (أ)، إضافة إلى العقوبات التكميلية (ب) التي لها تأثير قد يتعدى التأثير الذي تحدثه العقوبة الأصلية.

أ/ العقوبات الأصلية:

إن جريمة الممارسات التعاقدية التعسفية، هي جريمة ذات طابع جنحي؛ ذلك أن المشرع الجزائري قد أقر لها عقوبة تعكس هذا التكييف وهي الغرامة المالية[1]، حيث نصت المادة 38 من القانون 04-02 على ما يلي:" تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد 26 و27 و 28 و 29 من هذا القانون، ويعاقب عليها بغرامة من خمسين ألف دينار(50.000 دج) إلى خمسة ملاين دينار(5.000.000 دج)، حيث تضاعف هذه العقوبة في حالة العود ؛عندما يعيد العون الاقتصادي ارتكاب المخالفة التي لها علاقة بنشاطه خلال سنتين من إنقضاء العقوبة السابقة المتعلقة بنفس النشاط، أين يعاقب بالحبس من 3 أشهر إلى 5 سنوات[2]، أما إذا كان العون الاقتصادي شخصا معنويا، فإن الغرامة المطبقة تساوي مرة إلى خمس مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي[3]، وكل هذا يخضع لسلطة التقديرية للقاضي الجزائي.

ب/ العقوبات التكميلية:

إلى جانب العقوبة الأصلية، هناك عقوبات تكميلية تضاف إليها إجباريا أو إختياريا، حددها قانون العقوبات في المادة 9 منه فيما يخص الشخص الطبيعي، وفي المادة 16 مكرر 2 بالنسبة

---

[1] أنيسة بسكري، مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك-دراسة مقارنة-، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 5، العدد2، جامعة لونيسي علي، البليدة2، 30 جوان 2021، ص 37.

[2] يُنظر المادة 11 من القانون 10-06، المؤرخ في 5 رمضان 1431، الموافق ل15 غشت2010، المعدل والمتمم للقانون04-02 المؤرخ في 5 جمادى الأولى 1425، الموافق ل23 يونيو2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

[3] المادة 18 مكرر من الأمر رقم 56/66، المؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدلة بالقانون رقم 23/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، الجريدة الرسمية، العدد84.

للشخص المعنوي، وهي ذات العقوبات المقررة لمخالفة أحكام القانون 04-02، حيث أقر المشرع كل من عقوبة المنع من ممارسة النشاط بصفة مؤقتة، وعقوبة نشر الحكم[1].

1/ عقوبة نشر الحكم

هي عقوبة جوازية في بعض الحالات و وجوبية في حالات أخرى، حيث نص عليها المشرع في المادة48 من القانون 04-02، أين أجاز للقضاة الحكم على نفقة المحكوم عليه بنشر الحكم كاملا، أو خلاصة منه في الصحافة الوطنية ،أو إلصاقه في الأماكن التي يحددها، إلا أنه ما يلاحظ أنه على خلاف القواعد العامة، في الجرائم الاقتصادية يتم تطبيق عقوبة نشر الحكم على نطاق واسع ، لما لها من أثر في مكافحتها لأنها تمس المحكوم عليه في سمعته، في إطار نشاطه التجاري، فليس أضر عليه من أن يعرف بممارسات تجارية غير نزيهة، الأمر الذي يؤدي إلى تشويه سمعته التجارية[2]، ما يؤدي بفقدان عنصر الثقة المتبادلة بينه وبين جماعة المستهلكين، الأمر الذي من شأنه الاضرار به أكثر من توقيع العقوبة الأصلية عليه.

2/ المنع من ممارسة أي نشاط بصفة مؤقتة:

أجاز المشرع في قانون العقوبات، للقاضي أن يحكم على المدان بالمنع من ممارسة النشاط لمدة 5 سنوات في حالة الإدانة لإرتكاب جنحة، متى تبين له أن الجريمة لها علاقة مباشرة بمزاولته لنشاطه، أما في القانون 04-02 فقد نص المشرع فيه على هذه العقوبة في المادة 47، وذلك في حالة العود، حيث جاء موقفه متشددان حينما عدل المادة 11 منه، على جواز منع المهني العائد المحكوم عليه من ممارسة أي نشاط دون تجديد، بالنظر لنشاطه الأساسي الذي حكم بسببه، كما كانت تقره المادة 47 قبل التعديل، وبغض النظر لعلاقة الجريمة بالنشاط[3].

الفرع الثاني: دور جمعيات حماية المستهلك في مكافحة الشروط التعسفية

يرجع السبب في منح جمعيات حماية المستهلك دور تمثيل المستهلك كون هذا الأخير أحيانا إن لم نقل في الغالب يتقاعس عن ممارسة حقه في رفع دعاوى لإسترجاع حقوقه وذلك بسبب طول

[1] أنيسة بسكري، مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص 37.

[2] المرجع نفسه، ص38.

[3] أنيسة بسكري، مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك، المرجع السابق، ص38.

إجراءات التقاضي وأحيانا لإنعدام المُكنة المالية ، الأمر الذي دفع المشرع إلى تمكين هذه المؤسسة من التقاضي باسم هذه الفئة الضعيفة.

حيث تعرف جمعيات حماية المستهلك بأنها؛ جمعيات مدنية تابعة لحقوق الإنسان وهي لا تهدف إلى تحقيق الربح وإنما تهدف إلى توحيد الجهود والخبرة لتوفير وسائل الدفاع عن مصالح المستهلكين[1]، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد عرفها في المادة 21 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على أنها:" كل جمعية منشأة طبقا للقانون، تهدف إلى ضمان حماية المستهلك من خلال إعلامه وتحسيسه وتوجيهه وتمثيله"[2]، من خلال هذا النص تتضح أهمية هذا الجهاز في مكافحة الشروط التعسفية وذلك من خلال دور الجمعية في تمثيل المستهلك في أهم الهيئات المستحدثة من قبل الدولة، والتي تنشط في مجال الاستهلاك، إضافة إلى دورها في التقاضي من خلال التأسيس كطرف مدني للدفاع على مصلحة الطرف الضعيف.

ومن خلال ما تقدم، سنحاول إبراز دور جمعية حماية المستهلك في تمثيل هذا الأخير(أولا) ثم دورها في التقاضي(ثانيا.)

أولا: دورها في التمثيل:

يعهد لجمعيات حماية المستهلك، حق المشاركة في حماية مصالح المستهلك من خلال تمثيله أمام بعض الهيئات الخاصة، والتي تشمل كل من مجلس المنافسة، حيث اعترف لها المشرع بالعضوية في المجلس بممثلين، فهي تلعب دور الوسيط الذي يعمل على إيصال استفسارات المستهلك حول الأمور المتعلقة بالمنافسة إلى المجلس، وهي كذلك عضو بنصاب ممثلين في تشكيلة المجلس الوطني لحماية المستهلكين، غير أنه من الناحية العملية لم يتم إنشاء هذا المجلس بعد[3]، كما هي عضو بممثلين في لجنة البنود التعسفية.

---

[1] صافية بوشناف، أمينة بن ميهوب، دور جمعيات حماية المستهلك الجزائري في التصدي للممارسات التسويقية المضللة، مجلة ارتقاء للبحوث والدراسات الاقتصادية، المجلد1، العدد1، جامعة الطارف، جويلية 2020، ص 54.

[2] المادة 21 من القانون رقم 03/09 المؤرخ في 25 فبراير2009، المتضمن لقانون حماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية، العدد15.

[3] كهينة قونان، الآليات الدفاعية لجمعيات حماية المستهلك في ظل القانون الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد60، العدد4، ديسمبر 2023، ص 214.

ثانيا: دورها في التقاضي

لقد خول القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مُكنة اللجوء للقضاء للجمعية والتأسيس كطرف مدني للدفاع على المستهلك ضد كل ضرر يلحق به؛ ولا ينحصر دورها فقط في التأسيس كطرف مدني عن الضرر الفردي، بل عن كل ضرر يلحق بالمصلحة المشتركة للمستهلكين[1]، إلا أن نص المادة 23 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، لم يحدد نوع الدعاوى التي يمكن لجمعيات حماية المستهلك من خلالها الدفاع عن مصالح المستهلك، مما يفيد إمكانية تدخلها في جميع الدعاوى التي تحقق أهدافها، ومن بينها، دعوى إلغاء الشروط التعسفية من العقود التي تم إبرامها، وكذا دعوى إزالة الشروط التعسفية من نماذج العقود.

1/ دعوى إلغاء الشروط التعسفية من العقود التي تم إبرامها:

الملاحظ أن السند القانوني لهذه الدعوى لم يرد بشكل صريح، بل يمكن إستنباطه من خلال الفقرة الأولى من المادة65 من القانون04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، والتي نصت على إمكانية جمعيات حماية المستهلك من رفع دعاوى في حالة مخالفة أحكام هذا القانون، حيث جاء النص على العموم، والعام لا يُقيد إلا بإستثناء، وعليه يمكن لجمعيات حماية المستهلك رفع دعوى الشروط التعسفية في العقود المبرمة بين المهنين والمستهلكين[2] ، شريطة أن يتضمن هذا العقد شرطا تعسفيا ألحق ضررا بالمستهلك، حيث يعتبر شرطا تعسفيا كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى، تؤدي إلى الإخلال الظاهر بالتوازن بين المتعاقدين، حيث ما على الجمعية إلا أن تثبت أن الشرط التعسفي قد ورد في القائمة المنصوص عليها في المادة23 من القانون 04-02، أو في المادة 5 من المرسوم التنفيذي 06-306، وهذا ما يعرف بنظام القوائم.

حيث يحقق هذا الأسلوب حماية أفضل للمستهلك ويخفف من عبئ الإثبات بالنسبة للجمعيات، وفي حال لم يرد الشرط ضمن القوائم المذكورة سلفا،- ما على الجمعية إلا أن تثبت أن الشرط يُخل بالمعيار المعتمد من قبل المشرع ألا وهو معيار الإخلال الظاهر بالتوازن الإلتزامات في تقدير الشرط

[1] نادية لاكلي، حماية المستهلك في ظل قانون التجارة الإلكترونية الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر،2024، ص 143.

[2] خالد معاشو، دور القاضي في حماية المستهلك من الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص128.

التعسفي؛ كما يُقيد السلطة التقديرية للقاضي من النظر في مدى تعسف الشرط، مقارنة بباقي الشروط التي لم ترد في القائمة والتي تخضع لتقديره، مراعيا في ذلك المعيار العام الوارد في المادة5/3 من القانون04-02[1].

2/ دعوى إزالة الشروط التعسفية من نماذج العقود:

إذا كانت دعوى إلغاء الشروط التعسفية الموجودة في العقود التي تم إبرامها بين المستهلكين و المحترفين، لم يتم النص عليها بصفة مباشرة، فإن دعوى إلغاء الشروط التعسفية من نماذج العقود التي ستبرم بين المستهلكين والمحترفين يمكن إستنتاجها مباشرة من نص المادة 30 من القانون 04-02، والتي تمنع العمل بالشروط التي تعتبر تعسفية في مختلف أنواع العقود، وهذا ما يعبر عنه بالحذف المادي للشروط من نماذج العقود[2]، حتى قبل إبرامها بإعتبار أن مثل هذه العقود غالبا ما تنطوي على شروط تعسفية ضارة بمصلحة المستهلك.

وتُرفع الدعوى في مواجهة المهني أو المهنين الذين يقترحون نماذج العقود على طائفة المستهلكين، أين يقوم القضاء بالبحث عن أثر البند محل النزاع في الإخلال بالتوازن بين أداءات الطرفين، وفي حالة ما إذا تبين للمحكمة الطابع التعسفي للشرط محل النزاع، فإنها تقضي بإلغائه، وربما تحت الحكم بالغرامة التهديدية ، ويلتزم المهني بتعديل نماذج الإتفاقات بناء على ذلك، كما تأمر المحكمة بنشر الحكم على نفقة المحترف، وسعيا من جمعيات حماية المستهلكين لشمول الحكم أكبر عدد ممكن من طائفة المحترفين، فإنها غالبا ما تختصم أكبر عدد ممكن من المحترفين؛ وذلك نظرا لإقتصار حجية الحكم القضائي على طرفيه فقط، لذلك فقد سعت هذه الجمعيات إلى جعل هذه الأحكام تتصف بالوقاية والشمولية[3].

---

[1] يوسف نصير، الآليات المتاحة لجمعيات حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 17، العدد3، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ديسمبر 2024، ص، ص، 225 – 226.

[2] سليمة أحمد يحياوي، آليات حماية المستهلك من التعسف التعاقدي، رسالة لنيل شهادة الماجيستر، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر1، 2011، ص76.

[3] محمد أمين سعدي، المعالم الجديدة لنظرية العقد في التشريعات الوضعية مقارنة بالفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 369.

ما يلاحظ على المشرع الجزائري من خلال المادة 65 من القانون السالف الذكر، أنه قد منح القضاء الجزائي إختصاص النظر في مثل هذه الدعاوى ، ويرجع ذلك إلى طبيعة القانون رقم 04-02 ذات الطابع الجزائي، ما يُمكن لجمعيات حماية المستهلكين التأسيس كطرف مدني، إما على مستوى قاضي التحقيق عن طريق عريضة إدعاء مدني طبقا للمادة 72 من قانون الإجراءات الجزائية، أو بتقديم المدعي-جمعية حماية المستهلك- تقريرا أمام ضبط القسم الجزائي قبل الجلسة، ويشترط التأسيس هنا قبل إبداء النيابة العامة لطلباتها في الموضوع تحت طائلة عدم القبول[1].

[1] إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص 153.

الخاتمة

من خلال دراستنا لموضوع الشروط التعسفية، لاحظنا أن هذه الظاهرة تمس بالتوازن العقدي نتيجة وقوع اختلال بين حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة، هذا الأمر جعل المشرع الجزائري يخطو خطوته الأولى في الحفاظ على مراكز الأطراف المتعاقدة، من خلال التصدي لمثل هذه الشروط المجحفة، وكان ذلك بموجب نصوص القانون المدني في مادتيه 110، 02/112، ولكن هذه الأخيرة لم توفر الحماية الكافية للطرف الضعيف؛ نظرا لاعتمادها على السلطة التقديرية للقاضي، والتي تميل في كثير من الأحيان إلى الأصل؛ والمتمثل في القوة الملزمة للعقد، فضلا عن عدم قيامها بتعريف الشرط التعسفي، وضبط معيار تقديره.

هذا القصور الذي اتسمت به قواعد القانون المدني، دفع بالمشرع إلى إعادة النظر في أسلوب مكافحة الشروط التعسفية، وكان ذلك بمناسبة إصدار القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية الذي تميز بقواعد مستحدثة في مجال مكافحة الشروط التعسفية، وكذا المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

من خلال ما تقدم، يمكن استنتاج النتائج التالية:

- ❖ أن المشرع الجزائري حينما أضفى صفة الإذعان على عقود الإستهلاك، فقد حفظ مصلحة المستهلك فيما يخص الجزاء المدني، حيث مكّن المستهلك من الرجوع إلى القواعد العامة بموجب المادة 110 من القانون المدني الجزائري، والمطالبة بتعديل أو إلغاء الشرط التعسفي، خاصة وأن هذه الأخيرة تتعلق بالنظام العام –سلطة التعديل و الإلغاء– ما يحقق الحماية التي يريدها المستهلك؛ وهي الإبقاء على العقد ورفع التعسف عن البنود، الأمر الذي من خلاله ينشأ تكامل بين القواعد العامة والخاصة.
- ❖ أن القاضي بالرغم من تمتعه بالسلطة التقديرية بمقتضى المادة 110 من القانون المدني لمواجهة البنود التعسفية عن طريق آلية التعديل والإلغاء، إلا أنه يميل في معظم الأحيان إلى المبادئ القانونية التقليدية، كمبدأ سلطان الإرادة، وما ينتج عنه من قوة ملزمة، هكذا مبادئ قد تمنع من تكريس الحماية القانونية للطرف المذعن، وبالتالي إعادة التوازن العقدي.
- ❖ أن المشرع الجزائري لم يكتف بالقواعد العامة من أجل مكافحة الشروط التعسفية؛ نظرا لقصورها في عديد النواحي، مما حتم على المشرع إصدار تشريعات خاصة في هذا الباب،

والتي حاول من خلالها تجنب القصور الموجود في قواعد القانون المدني، وذلك من خلال ما يلي:

- ❖ وضع تعريف للبنود التعسفية، وكذا النص صراحة على معيار تقديرها، مما يضمن حماية فعالة للطرف المذعن.
- ❖ النص على نظام القوائم كأسلوب مستحدث لمواجهة البنود التعسفية، وذلك من خلال النص على جملة من الشروط تعتبر تعسفية بقوة القانون، مما يخفف على الطرف المذعن عبء إثبات الطابع التعسفي لها، وكذا بطلانها بقوة القانون، دون أن تكون للقاضي أية سلطة تقديرية إزاءها.
- ❖ كما نوع المشرع من أساليب الحماية؛ حيث استحدث الرقابة الإدارية على البنود التعسفية، من خلال إنشاء ما يسمى بلجنة بنود تعسفية، تختص بدراسة الشروط المفروضة من قبل المهنيين على المستهلكين، والبحث في مدى تعسفية هذه الشروط، وإصدار توصيات في هذا المجال، غير أن الطابع غير الإلزامي لتوصيات هذه اللجنة يقف حائلا دون تحقيق الحماية المرجوة من وراء النص عليها.
- ❖ كما نص المشرع أيضا على منح الجمعيات الخاصة بحماية المستهلك الحق في تمثيل المستهلك أمام القضاء، والمطالبة بإلغاء أو تعديل بنود العقد المجحفة.
- ❖ ونظرا لأن الجزاء هو الضمان على تطبيق القواعد القانونية، والالتزام بها، فقد رتب المشرع على تضمين العقد بنود تعسفية، جزاء جنائي متمثل في الغرامة المالية كغرامة أصلية، بالإضافة إلى عقوبات تكميلية. أما الجزاء المدني، والمتمثل في بطلان البنود التعسفية، مع بقاء العقد قائما بالنسبة لبقية بنوده، فقد جاءت نصوص القانون 04-02 خالية منه، مما أدى إلى اختلاف الفقه الجزائري حول مدى إمكانية تطبيقه، فذهب رأي إلى القول بعدم إمكانية ذلك؛ نظرا لغياب النص الصريح المقرر لذلك، بينما رأى جانب آخر خلاف ذلك، وقال بإمكانية استخلاص هذا الجزاء ضمنيا من خلال أحكام القانون 04-02 سالف الذكر.

ومن أجل إنجاح الآليات المتبعة لمواجهة الشروط التعسفية يمكن تقديم بعض **الإقتراحات** نذكر منها:

- ➢ تشجيع دور الدولة والجمعيات التي تستهدف حماية المستهلك في تحرير عقود متوازنة بدلا من ترك الإستقلالية لأحد الأطراف في تحرير العقد.

- يستحسن إعادة النظر في الطبيعة القانونية للجنة البنود التعسفية، وذلك من خلال منحها صلاحيات إضافية؛ من أجل المساهمة في مكافحة البنود التعسفية، كسلطة ضبط إدارية مستقلة، وتفعيل دورها في مجال صياغة التوصيات وكيفية تطبيقها، بمنحها سلطة إصدار القرار القابل للتنفيذ، وعدم الاكتفاء بالدور الإستشاري فقط.
- ضرورة التخلي عن ربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان؛ ذلك أن الغاية هي مواجهة الشروط التعسفية في حد ذاتها، بغض النظر عن العقد محل تلك الشروط.
- ضرورة النص صراحة على الجزاء المدني المترتب عن الشرط التعسفي، وذلك بموجب القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية.
- العمل على تكثيف الحملات الهادفة إلى توعية المستهلكين بحقوقهم، وتنسيق وتظافر جهود كافة الجهات ذات العلاقة.

وجوابا عن الإشكالية المعتمدة في المقدمة، يؤدي بنا القول، إن النظام القانوني لحماية المستهلك من الشروط التعسفية قريبا من التكامل من الناحية النظرية، إلا أنه من الناحية العملية فيبقى تقييمه مؤجلا، وذلك في غياب تطبيقات قضائية تسمح بتقدير حقيقي لتدبير العمل بالبنود التعسفية.

قائمة المصادر والمراجع

المصادر:

أ/القوانين الوطنية:

-الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395، الموافق ل26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، والمعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428، الموافق ل13 ماي 2007، الجريدة الرسمية، عدد31.

-الأمر رقم 56/66 المؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل بالقانون رقم 23/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، الجريدة الرسمية، العدد 84.

-القانون رقم 02/04 المؤرخ في 5جمادى الأولى عام 1425، الموافق ل23 يونيو لسنة 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية، عدد 41، والمعدل بالقانون رقم 06/10 المؤرخ في 5 رمضان عام 1431، الموافق ل5 رمضان عام 1431، الموافق ل15 أوت 2010، الجريدة الرسمية، العدد 46.

-القانون رقم 03/09 المؤرخ في 25 فيفري 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، المعدل والمتمم بالقانون رقم 18/05، الجريدة الرسمية، العدد 15.

-المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المؤرخ في 18 شعبان 1427، الموافق ل11 سبتمبر 2006، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الجريدة الرسمية، العدد 56.

-المرسوم التنفيذي رقم 39/90 المؤرخ في 30 جانفي 1990، المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، الجريدة الرسمية، العدد 5.

ب/ القوانين الأجنبية:

-code de la consommation français. Dernière modification: 10-10-2021.édition 13-10-2021.

المراجع:

أ/ الكتب القانونية:

1/الكتب القانونية العامة:

-أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، مصر، 1994.

-الحكيم عبد المجيد، الكافي في شرح القانون المدني العراقي و القانون المدني اليمني في الإلتزامات و الحقوق الشخصية، الجزء الأول، الشركة الجديدة للطباعة، عمان، 1993.

-السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، الدار الجامعية للطباعة و النشر، لبنان، 2003.

-ريما مكي فرج، تصحيح العقد، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2021.

-عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2002.

-عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد و الإرادة المنفردة، موسوعة القانون المدني المصري، الكتاب الأول، مصر، 1984.

-علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2005.

-علي فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، الطبعة الثالثة، موفم للنشر،الجزائر،2013.

-فتحي الدريني، نظرية التعسف في إستعمال الحق في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1977.

-فراس جبار كريم الروازق، الحماية القانونية من الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، المركز العربي، الطبعة الأولى، العراق، 2017.

-فطيمة نساخ، مدخل لدراسة العلوم القانونية، نظرية القانون، بيت الأفكار للنشر، الجزائر، 2021.

-محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة و النشر، الجزائر،2007.

-محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، الجزائر،2006.

-منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، الطبعة الأولى، دار ئاراس للطباعة و النشر، العراق، 2006.

-نادية فضيل، الممارسات التجارية في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، بيت الأفكار للنشر، الجزائر، 2021.

-نادية لاكلي، حماية المستهلك في ظل قانون التجارة الإلكترونية الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2024.

2/الكتب القانونية الخاصة:

-إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2014.

-إسراء خيضر مظلوم الشمري، حماية المستهلك في نطاق عقود الإذعان، الطبعة الأولى، مؤسسة دار الصادق الثقافية، العراق، 2019.

-إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك، دار الجامعة الجديدة، مصر،2018.

-حسن عبد الباسط جميعي، آثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، مصر، 1996.

- محفوظ لعشب بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب3، الجزائر، 1990.

ب/ الرسائل العلمية:

1/ أطروحات الدكتوراه:

-أحمد بعجي، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث، تخصص القانون المدني وقانون التأمين، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2019.

-أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقه الإسلامي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران،2008.

-أرزقي بوعراب، حماية المؤمن له من الشروط التعسفية في عقود التأمين، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2019.

-بن عزوز درماش، التوازن العقدي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2014.

-بن عيسى جيلالي، مبدأ الأثر النسبي للعقد والاستثناء الوارد عليه في القانون المدني الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الأساسي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، 2018.

-حفصة ممشاوي، عقد التأمين بين الإرادة والتنظيم القانوني، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، تخصص قانون المنافسة والاستهلاك، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2022.

-رجاء عيساوي، سلطة القاضي في إحداث التوازن العقدي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2022.

-زكرياء بوعون، آليات حماية المستهلك في القانون الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2017.

-سلمة بن سعيدي، خصوصية الشرط التعسفي ومدى تأثيره على توازن العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص عقود ومسؤولية مدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة1، 2024.

-سميرة زوبة، الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016.

-شوقي بناسي، أثر تشريعات الإستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016.

-شياط صديق، أثر مصلحة المجتمع في الحد من مبدأ سلطان الإرادة في مجال التعاقد، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، تخصص القانون المدني، كلية الحقوق سعيد حمدين، جامعة الجزائر 1، 2018.

-عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015.

-عليان عدة، فكرة النظام العام والعقد وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، فرع حماية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ،2019.

-فاطمة الزهراء زيتوني، مبدأ حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2018.

-فايزة طبيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث في الحقوق، تخصص القانون الخاص الأساسي، جامعة عبد الحميد بن باديس، 2019.

-فلة مكي، حماية الطرف الضعيف في عقد الإستهلاك، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016.

-محمد أمين سعدي، المعالم الجديدة لنظرية العقد في التشريعات الوضعية مقارنة بالفقه الإسلامي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، شلف، 2022.

-محمد مالكي، الآليات القانونية لحماية المستهلك في القانون المقارن، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون المنافسة والاستهلاك، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2018.

-محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص علوم إسلامية، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة لخضر، باتنة1، 2012.

-محمد علي الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقه الإسلامي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، 1996.

- مليكة جامع، حماية المستهلك المعلوماتي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2018.

-منال بوروح، النظام العام والعقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص علوم في القانون الخاص، فرع حماية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ،2019.

- ياسين سعدون، آثر الظروف الاقتصادية على العقد، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص القانون الخاص الداخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018.

2/ مذكرات الماجستير:

-بشير دالي، مبدأ تأويل العقد، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008.

-حفيظ دحمون، التوازن في العقد، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012.

-خالد معاشو، دور القاضي في حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8ماي 1945، قالمة، 2016.

-سعاد دراح، عيوب الرضا بين حماية المتعاقد وإستقرار المعاملات، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير، تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016.

-سليمة أحمد يحياوي، آليات حماية المستهلك من التعسف التعاقدي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2011.

-شهيناز بوزاري عنتري، التعسف في العقود، مذكرة شهادة الماجستير، تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 يوسف بن خدة 2013.

-عامر رحمون، عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1، 2013.

-علي مصبح صالح الحيصة، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2011.

-مبروك حجاج، التعسف في إستعمال الحق بين نظام المسؤولية التقصيرية ونظام المستقل، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر بن عكنون، 2012.

-محمد أمين سي الطيب، الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008.

-مولود بغدادي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الإستهلاك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص حماية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر بن عكنون، 2015.

-نجاة عبيد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016.

3/ مذكرات الماستر:

-حنان بن حواسة، فتيحة بوعصيدة، الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2017.

-رميساء مرابطي، فريال قانة، بطلان الشركات التجارية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، 2020.

-سميحة بداوي، مروى صدراتي، الشروط التعسفية في ظل القانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد البشير الإبراهيمي، برج بوعريريج، 2020.

-عالية نبيلة دبزة، حماية المستهلك من البنود التعسفية في عقود الإستهلاك، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2022.

-فريدة عمران، النطاق الشخصي لعقد الإستهلاك في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2016.

-منال بوبصلة، حنان بن ساولة، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص، معهد العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، قسم الحقوق، المركز الجامعي بلحاج بوشعيب، عين تيموشنت، 2020.

-مليكة محمودي، حسيبة حمني، الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة إبن خلدون، تيارت، 2017.

-هاجر جحودي، عبد الحميد دبار، الشروط التعسفية في العقود، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، 2024.

4/ المقالات العلمية:

-أمال بوهنتالة، سلوى قداش، سلطة القاضي المدني في إعادة التوازن العقدي لعقود الإستهلاك، مجلة الإجتهاد القضائي، العدد14، جامعة الحاج لخضر، باتنة1، أفريل 2017.

-أمين بن قردي، جيلالي بن عيسى، عقود الإذعان بين إختلال الإلتزامات التعاقدية والحماية القانونية للمذعن، مجلة الأكاديمية للبحوث في العلوم الاجتماعية، المجلد1، العدد1، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 30 ديسمبر 2019.

-أنيسة بسكري، مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك، مجلة دائرة البحوث و الدراسات القانونية والسياسية، المجلد5، العدد2، جامعة لونيسي علي، البليدة2، 30جوان 2021.

–الحاج علي بدر الدين، مكافحة الشروط التعسفية في العقد–آلية للمحافظة على الرابطة التعاقدية–، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد7، العدد1، جوان 2022.

–الشريف بحماوي، سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد2، المركز الجامعي تامنغست، جوان 2014.

–بن عمار مقني، "قاعدة تفسير الشك لمصلحة المذعن" مظهر من مظاهر الحماية القانونية للأطراف المستضعفة، العدد1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيارت، 4 ديسمبر 2014.

–جميلة مدور، مفهوم الإحتكار القانوني ومعيار تحققه، مجلة الحقوق والحريات، المجلد10، العدد1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 23 أفريل 2022.

–حبيبة كالم، الشروط التعسفية في ظل القانون02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم، مجلة صوت القانون، العدد2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة2، 16 جوان 2022.

–حسين منصور حاتم، متطلبات تحقيق العدالة التعاقدية، مجلة جامعة بابل، المجلد 26، العدد3، العراق، 2018.

–رشيد زياني، شنيني بوريش صورية، تدخل القاضي في تفسير العقد كآلية لحماية الطرف الضعيف، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد7، العدد1، مخبر قانون التشريعات الاقتصادية، جامعة مصطفى إسطنبولي، معسكر، 5 ماي 2023.

–سفيان سوالم، الحماية القانونية للمتعاقد من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، العدد4، جامعة محمد الشريف مساعدية، سوق أهراس، جوان 2016.

–صافية بوشناف، أمينة بن ميهوب، دور جمعيات حماية المستهلك الجزائري في التصدي للممارسات التسويقية المضللة، مجلة إرتقاء للبحوث والدراسات الاقتصادية، المجلد 1، العدد1، جامعة الطارف، جويلية 2020.

–صباح عسالي، مبدأ حسن النية كمعيار لحماية التعاقد، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد14، العدد3، العراق، 2018.

–عبد الرحمان حديبي، سلطة القاضي في عقد الإذعان، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 14، العدد2، 2023.

–عبد المجيد خلف الغنري، الشروط التعسفية بين المفهوم التقليدي لعقد الإذعان والإتجاهات الحديثة لحماية المستهلك، مجلة كلية القانون الكويتية العلمية، الجزء1، العدد10، أكاديمية سعد العبد لله للعلوم القانونية، نوفمبر 2021.

–عبد الرؤوف دبابش، دغيش حملاوي، مبدأ سلطان الإرادة في العقود بين الشريعة والقانون، مجلة العلوم الإنسانية، العدد44، جامعة محمد خيضر، بسكرة، جوان 2016.

–غالية قوسم، منع الإحتكار في قانون المنافسة الجزائري، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 16، العدد4، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 31 ديسمبر 2021.

–كريمة بركات، الحماية القانونية للمستهلك في عقود الإذعان، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد2، 31 ديسمبر 2011.

–كهينة قونان، الآليات المتاحة لجمعيات حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 17، العدد3، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2 ديسمبر 2024.

– محمد أعمارة صوالح، نورة جبارة، دور لجنة البنود التعسفية في حماية المستهلك من التعسف، المجلة الدولية للبحوث القانونية المعمقة، العدد4، جامعة محمد الشريف مساعدية، سوق أهراس، جوان 2016.

–محمد حسين عبد الظاهر، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق، المجلد 22، العدد2، 1998.

–محمد خليفة كرفة، الجزاء المدني للشرط التعسفي بين أحكام النظرية العامة للعقد وتشريعات الإستهلاك، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد6، العدد1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، شلف، ديسمبر 2022.

-محمد عماد الدين عياض، نطاق تطبيق قانون حماية المستهلك وقمع الغش، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد9، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، جوان 2013.

-نجاة حملاوي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ظل أحكام القانون02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مجلة الحقوق والحريات، العدد4، جامعة قالمة، أفريل 2017.

-نصيرة زوطاط، دور لجنة البنود التعسفية في حماية المستهلك، مجلة القانون الدولي والتنمية، المجلد7، العدد1، جامعة وهران2، جوان 2019.

-نور الهدى كرميش، الشروط التعسفية في العقود في التشريع الجزائري، مجلة الآداب والعلوم الاجتماعية، المجلد 17، جامعة يوسف بن خدة، 2020.

-وليد لعوامري، الشروط التعسفية وآليات التصدي لها في القانون الجزائري، مجلة الشريعة والإقتصاد، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة1، 1جوان 2014.

-ياسين سعدون، البحث عن الشروط التعسفية في ظل نظرية إستعمال الحق، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد5، العدد3، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2021.

-يمينة بليمان، عقود الإذعان وحماية المستهلك، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد30، العدد2، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، ديسمبر 2019.

-يوسف نصير، الآليات المتاحة لجمعيات حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد17، العدد3، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2ديسمبر 2024.

Articles

-Nathalie croteau: " le contrôle des clauses abusives dans le contrat d ahésion et la notion de bonne foi". Redus. Revue de droit université de Sherbrooks. Numéro2. 1995-1996.

الفهرس

شكر وتقدير	
إهداء	
المختصرات	
العنوان	**رقم الصفحة**
المقدمة	**2**
الفصل الأول: حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في ظل القواعد العامة	**7**
المبحث الأول: التقنينات القانونية العامة المتاحة لتحقيق التوازن العقدي	**8**
المطلب الأول: النظريات المستبعدة كليا	**8**
الفرع الأول: دور نظريتي الغبن والاستغلال والإثراء بلا سبب في مكافحة الشروط التعسفية	**8**
الفرع الثاني: دور نظرية عيوب الإرادة في مكافحة الشروط التعسفية	**12**
المطلب الثاني: النظريات المستبعدة جزئيا	**16**
الفرع الأول: نظرية السبب والتعسف في إستعمال الحق في مكافحة الشروط التعسفية	**16**
الفرع الثاني: دور قاعدة حسن النية في مواجهة البنود التعسفية	**23**
المبحث الثاني: الآليات الخاصة لمواجهة البنود التعسفية	**26**
المطلب الأول: مفهوم عقد الإذعان	**26**
الفرع الأول: تعريف عقد الإذعان وطبيعته القانونية	**26**
الفرع الثاني: التراضي في عقود الإذعان	**35**
المطلب الثاني: الوسائل القانونية المتاحة للقاضي لمواجهة الشروط التعسفية	**37**
الفرع الأول: سلطة القاضي في مواجهة البنود التعسفية	**38**
الفرع الثاني: موقف الفقه من سلطة القاضي في مواجهة البنود التعسفية والطبيعة القانونية لسلطته	**45**

الفصل الثاني: حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في ظل القواعد الخاصة	**49**
المبحث الأول: مفهوم الشرط التعسفي في ظل التشريعات الخاصة	**50**
المطلب الأول: الأساس القانوني للشرط التعسفي	**50**
الفرع الأول: تعريف الشرط التعسفي وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له	**51**
الفرع الثاني: معايير تحديد الشرط التعسفي	**56**
المطلب الثاني: المجال الموضوعي لتطبيق أحكام الشرط التعسفي	**62**
الفرع الأول: من حيث طبيعة العقد وشكله	**62**
الفرع الثاني: من حيث المحل	**65**
المبحث الثاني: آليات مكافحة الشروط التعسفية في ضوء التشريعات الحديثة	**68**
المطلب الأول: الآليات الوقائية لمواجهة البنود التعسفية	**68**
الفرع الأول: نظام القوائم المحددة للشروط التعسفية	**69**
الفرع الثاني: دور الهيئات الإدارية في مكافحة الشروط التعسفية (لجنة البنود التعسفية)	**77**
المطلب الثاني: الآليات العلاجية لمواجهة الشروط التعسفية	**82**
الفرع الأول: الجزاءات المرصودة لمقاومة الشروط التعسفية	**82**
الفرع الثاني: دور جمعيات حماية المستهلك في مكافحة البنود التعسفية	**90**
الخاتمة	**96**
قائمة المصادر والمراجع	**100**

ملخص:

الأصل أن العقود تخضع لمبدأ سلطان الإرادة، إلا أنه أحيانا يجد الانسان نفسه مرغما على الانخراط كطرف في بعض العقود بهدف تلبية حاجاته العائلية أو الشخصية؛ مثل عقود الاستهلاك، هذه الأخيرة التي ينعدم فيها التوازن بين أطراف العلاقة التعاقدية، نظرا لما يحتله المحترف فيها بمركز قوي نتيجة استغلاله لنفوذه الاقتصادي، إضافة إلى الخبرة الميدانية التي يتمتع بها، كل هذه الخصائص أتاحت لهم مكنة تضمين العقد بمجموعة من البنود التي تخدم مصالحهم على حساب من يتعاقدون معهم، أطلق على هذه البنود بالبنود التعسفية.

ولمواجهة هذه الظاهرة، تدخل المشرع من خلال مجموعة من النصوص العامة في البداية لمكافحة البنود التعسفية إلا أنها سرعان ما بينت قصورها وعجزها عن السيطرة على هذه الظاهرة، فكان لزام عليه استحداث نصوص أخرى خاصة بمكافحة البنود التعسفية، فأتى لنا بكل من القانون04-02 والمحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وكذا المرسوم التنفيذي 06-306 والمتعلق بالعناصر الأساسية للعقود والشروط التعسفية، كل هذا حماية للمستهلك-الطرف الضعيف- وسعيا منه لإعادة التوازن للعلاقة التعاقدية.

الكلمات المفتاحية:

مبدأ سلطان الإرادة، عقود الاستهلاك، المحترف، الطرف الضعيف، البنود التعسفية.

Summary:

In principle, contracts are governed by the doctrine of freedom of contract (autonomy of will). However, individuals are sometimes compelled to enter into certain contracts in order to meet their personal or familial needs, such as consumer contracts. These contracts are typically characterized by an imbalance between the contracting parties, due to the professional party occupying a dominant position—leveraging their economic power and industry expertise. These advantages enable professionals to incorporate into the contract a number

of clauses that serve their own interests to the detriment of the other party. Such clauses are referred to as unfair terms.

In response to this phenomenon, the legislature initially intervened through general legal provisions aimed at combating unfair terms. However, these measures soon proved insufficient and incapable of effectively addressing the issue. It therefore became necessary to introduce specific legal texts targeting unfair contractual terms. This led to the enactment of Law No. 04-02, which sets forth the rules governing commercial practices, as well as Executive Decree No. 06-306, which regulates the essential elements of contracts and unfair terms. These legislative instruments aim to protect the consumer—as the weaker party in the contractual relationship—and to restore a fair balance between the contracting parties.

Keywords:

Principle of freedom of contract, consumer contracts, professional party,the weaker party. unfair terms.

الملاحق

الملحق رقم1: استمارة متابعة العقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التجارة

رقم

المديرية الولائية للتجارة

التاريخ .....

.....

إستمارة متابعة العقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين و المستهلكين

إسم العون الإقتصادي :.....

إسم المسير:.....

رقم السجل التجاري: .....صادر بتاريخ.....

النشاط الممارس:.....

عنوان مقر النشاط:.....

رقم .....و تاريخ .....الرخصة أو الإعتماد بالنسبة للنشاطات و المهن المنظمة .

رقم الفاكس و الهاتف ..... البريد الإلكتروني .....

رقم و تاريخ العقد	موضوع العقد		إسم و عنوان المستهلك	وضعية العقود المحررة			الإجراءات المتخذة
	طبيعة الخدمة	طبيعة السلع		مطابقة	غير مطابقة	تعيين البنود التعسفية	

ترفق البطاقة التقنية بنسخة من العقد المبرم بين العون الإقتصادي و المستهلك المعني .

إمضاء الأعوان

المحققون